Die Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Johannes Kaden

Referendar in Dresden.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Meinem lieben Vater,

dem Geheimen Justizrat

Paul Kaden

in Dresden,

in Dankbarkeit zugeeignet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung. § 1 1

Erstes Kapitel.
Allgemeines.

1. Die alternative Leistungspflicht. § 2 3
2. Insbesondere die alternative im Gegensatze zur generellen Bestimmung des Leistungsgegenstandes. § 3 6
3. Die Regel des § 262 BGB. § 4 10

Zweites Kapitel.
Wesen und Konstruktion der alternativen Verpflichtung mit Schuldnerwahlrecht.

1. Sämtliche Leistungen in obligatione. § 5 12
2. Die Einheit des Anspruchs. § 6 16

Drittes Kapitel.
Die Wahl.

Einleitung. § 7 19
1. Der Vollzug der Wahl. § 8 22
2. Die Wirkung der Wahl. § 9 26
3. Die Pflicht und das Recht zu wählen. § 10 31

Viertes Kapitel.
Die Erfüllung.

1. Erfüllung als Wahlvollzug? § 11 35
2. Leistung in Unkenntnis des Wahlrechts. § 12 39

Fünftes Kapitel.
Die Unmöglichkeit der Leistung.

Einleitende Bemerkung. § 13 44
1. Die anfängliche Unmöglichkeit. § 14 45
2. Die nachträglich eintretende Unmöglichkeit. § 15 48
3. Insbesondere das Zusammentreffen vom Schuldner verschuldeter mit späterer zufälliger Unmöglichkeit. § 16 53

Sechstes Kapitel.
Die Vollstreckung.

1. Der § 264 Abs. 1 BGB. § 17 59
2. Besonderheiten bei Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung. § 18 66

Literaturverzeichnis.

A. Römisches und gemeines Recht.

Adickes, Zur Lehre von den Bedingungen. 1876.

Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften. Abt. 1. Berlin 1878.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Erlangen 1879.

Chesius, Interpretationum iuris libri II in F. Heineccii iurisprud. Romana et Attica. 1738.

Corpus iuris civilis. Editio stereotypa quinta von Krüger und Mommsen. Berlin 1889.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. 1903.

Donelli, Opera. Tom. XI. Luccae 1767.

Fitting, Die Natur der Korrealobligationen. Erlangen 1859.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht. Jena 1850/51.

Hertius, Commentationes et opuscula. Francf. 1734.

v. Ihering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakte. In seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 366 ff. 1861.

Nanne, Die Disjunktivobligation. Diss. Heidelberg 1880.

Pescatore, Die sogenannte alternative Obligation. Marburg 1880.

Regelsberger, Alternative Obligation und alternative Ermächtigung. Abhandlung in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 16. Jena 1878.

Ryck, Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht. Abt. 2. 1887.

v. Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Berlin 1851.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1869.

Wächter, Pandekten. 1880.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Mit Zusätzen von Kipp. 8. Aufl. 1900.

B. Bürgerliches Gesetzbuch und Zivilprozeßordnung.

Berndorff, Die Gattungsschuld. Berlin 1900.

Böning, Zum alternativen Klagantrage. Abhandlung im Sächsischen Archiv Bd. 15.

Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte. Breslau 1904.

Chamizer, Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld. Diss. Leipzig 1902.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen u. Leipzig 1902.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 4. Aufl. 1908. Bd. 2 Abt. 1 1./2. Aufl. 1899.
Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1903.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1908.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1901.
Falkmann, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 2. Aufl. Lief. 1—3. Berlin 1899.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8./9. Aufl. 1908.
Haver, Die Gattungsschuld. Berlin 1900.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.
Hölder, Über Ansprüche und Einreden. Abhandlung im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 93.
Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. In Fischers Abhandlungen Bd. 7. 1900.
Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. In Fischers Abhandlungen Bd. 7. 1900.
Landsberg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Hälfte. 1904.
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche. Leipzig 1903.
Leo, Die Wahl bei der Alternativobligation. Diss. Göttingen 1897.
Leonhard, F., Die Wahl bei der Wahlschuld. Abhandlung in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 41.
Leuchtenberger, Unter welchen Voraussetzungen tritt bei Wahlschulden eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine Leistung ein? Diss. 1902.
Levy, Die Zwangsvollstreckung aus disjunktiv-vollstreckbaren Schuldtiteln nach der deutschen Zivilprozeßordnung. Abhandlung bei Gruchot Bd. 36. 1892.
Litten, Die Wahlschuld nach bürgerlichem Recht. Berlin 1903.
Marcus, Die Wahlschuld des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Breslau 1899.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.
Neumann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. 1905.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1906.
Pescatore, Wahlschuldverhältnisse. In Fischers Abhandlungen Bd. 13. München 1905.
Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. 5. Aufl., bearbeitet von Remelé u. Anger. 1904 bis 1906.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. 1908.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1899—1903.
Rieß, Die Zwangsvollstreckung einer Alternativobligation bei Wahlrecht des Schuldners. Abhandlung bei Gruchot Bd. 48. 1904.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1908.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6./7. Aufl. 1900, 8. Aufl. 1906.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. u. 4. Aufl. 1907/08.
Stölzel, Zum alternativen Klagantrage. Abhandlung im Sächsischen Archiv Bd. 15.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. 1903.
Szkolny u. Caro, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem deutschen bürgerlichen Rechte. 1903.
Weißmann, Abgrenzung zwischen Gattungsschuld und Wahlschuld. Diss. 1907.
Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. 7. Aufl. 1895.

C. Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Metallographierte Protokolle der (ersten) Kommission zur Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung. 1888.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Amtliche Ausgabe. 1888.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Amtliche Ausgabe. Bd. 1.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. 1895.

Einleitung.

§ 1.

Unter der — sprachlich nicht ganz korrekten — Bezeichnung „Alternativobligationen" begreift man diejenigen Schuldverhältnisse, die mehrere Leistungen in der Weise umfassen, daß nur die eine oder die andere von ihnen zu bewirken ist. Fälle alternativer Verpflichtungen finden sich in den römischen Quellen vielfach behandelt, sie bilden aber auch noch im heutigen Rechtsverkehre keine allzu große Seltenheit.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch widmet diesen Schuldverhältnissen in den §§ 262—265 einige Bestimmungen, die — wie schon hier bemerkt sei — entsprechend ihrer Zugehörigkeit zum Obligationenrechte grundsätzlich als dispositiv, d. h. als solche Normen zu betrachten sind, deren Anwendung im konkreten Falle durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden kann. Ergänzend tritt die Bestimmung des § 307 (vgl. § 307 Abs. 2) und für den Spezialfall des alternativen Vermächtnisses der § 2154 BGB. hinzu. Schon die einleitende Bestimmung des § 262 BGB. läßt erkennen, daß die alternativen Obligationen in aller Regel Wahlschulden sind, daß die Bestimmung des Leistungsgegenstandes in den Grenzen der Alternative in die Entscheidung des Schuldners oder des Gläubigers[2]) gelegt ist.

Die folgende Darstellung soll nur diejenige Erscheinungsform der Alternativobligation zum Gegenstande haben, in der das

---

[1]) Eine reiche Sammlung von Beispielen aus dem modernen Rechtsverkehre enthält die neuere Monographie von Pescatore, Wahlschuldverh., München 1905.

[2]) Auch ein Dritter kann sie zu treffen haben: Mot. Bd. 2 S. 7. Denkbar ist aber z. B. auch, daß das Los zu entscheiden hat; unrichtig daher Manne S. 19: Die Entscheidung erfolge „begriffsnotwendig" durch Wahl.

Wahlrecht der Schuldner hat. Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt zwar die Wahlschuld mit Schuldner- und die mit Gläubigerwahlrecht im wesentlichen unter gleichen Gesichtspunkten, indessen ergeben sich bei näherer Betrachtung für das Verhältnis der Parteien während der Pendenz, das Wesen und die Erscheinungsformen der Wahl und in Ansehung der schließlichen Durchführung des Anspruchs Unterschiede so grundlegender Art, daß man wohl von zwei prinzipiell verschiedenen Rechtsverhältnissen sprechen kann; tatsächlich werden die sich aus beiden Formen der Wahlschuld ergebenden Ansprüche von manchen Verfassern als in ihrem Wesen überhaupt nicht vergleichbar hingestellt.[3])

Bevor wir auf unseren Gegenstand speziell eingehen, bedarf es noch einiger allgemeinerer Bemerkungen.

---

[3]) Die erste Andeutung in diesem Sinne findet sich bei Windscheid Bd. 2 § 255 Anm. 5; zuerst konsequent hervorgehoben hat den Unterschied Pescatore Die sogen. altern. Obl. 1880).

Erstes Kapitel.

Allgemeines.

1. Die alternative Leistungspflicht.

§ 2.

I. Als Gegenstände einer alternativen Verpflichtung lassen sich Leistungen jeder Art denken: die Verschaffung des Eigentums an Sachen in specie oder in genere, die Verschaffung andrer Rechte, die Überlassung des Gebrauchs oder der Fruchtziehung von Gegenständen, die Leistung von Diensten, Werklieferung, Besorgung von Geschäften usw., aber z. B. auch die Befreiung von Verbindlichkeiten. Dabei ist es nicht notwendig, daß gleichartige Leistungen miteinander in Alternative stehen. Anlaß zu einer besonderen Erörterung wird uns die Alternativobligation auf Abgabe von Willenserklärungen bieten.[1]) Daß Unterlassungen zum Gegenstande einer Wahlverpflichtung gemacht werden, wird nicht leicht vorkommen; doch ist es immerhin denkbar.[2]) Die §§ 262 ff. BGB. finden auf alle alternativen Verpflichtungen grundsätzlich Anwendung; nur wird in jedem einzelnen Falle zu prüfen sein, ob und inwieweit die Eigenart des Schuldgegenstandes oder der Charakter des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts Abweichungen bedingen.

Auf die Zahl der Auswahlmöglichkeiten kommt es nicht an, doch findet in der Übersehbarkeit der Objekte die Möglichkeit der Alternative ihre praktische Grenze. Nicht immer gibt sich die

---

[1]) In § 19 der Diss.

[2]) Zu eng aus diesem Grunde Chamizer S. 20. Der Schuldner kann a, er kann auch b tun, darf aber nicht beides tun.

Wahlschuld äußerlich durch eine Disjunktive zu erkennen.[3]) Andrerseits hat man es nicht immer mit einer Alternativobligation zu tun, wenn äußerlich die Form der Disjunktive gewählt ist. Eine Obligation auf „das Pferd x oder ein andres gleich gutes Pferd" ist keine Wahl-, sondern eine Gattungsschuld. Sie ist es zwar nicht deshalb, weil „die beiden Alternativen alle nur denkbaren Möglichkeiten in der fraglichen Beziehung umfassen",[4]) sondern weil dem ersten Gliede der Disjunktive jede selbständige Bedeutung gegenüber der gattungsmäßigen Bestimmung im zweiten Gliede abgeht, mithin eine eigentliche Alternative gar nicht vorliegt.

Nahezu alle Kommentatoren[5]) sind darüber einig, und es findet sich auch in den Motiven[6]) ausgesprochen, daß sich die Unbestimmtheit der alternativen Obligation auf eine einzelne sogen. Modalität der Leistung beschränken kann. Man rechnet also zu den Alternativobligationen auch diejenigen Schuldverhältnisse, deren Leistungsgegenstand an sich zwar bestimmt und einheitlich fixiert, bei denen jedoch in Ansehung der Zeit oder des Ortes des Leistungsvollzugs oder hinsichtlich eines die Art der Leistung selbst betreffenden Punktes eine Auswahl offen gelassen ist. Voraussetzung dazu ist freilich, daß die Leistung, je nachdem sie unter der einen oder der andern der zur Auswahl gestellten Modalitäten erfolgt, als eine andre Leistung erscheint; denn immer erfordert das Wesen der alternativen Obligation wie auch der Wortlaut des § 262 BGB. eine Mehrheit von Leistungen. Die betreffende Modalität darf also nicht für den Leistungsinhalt ohne Bedeutung sein, der Leistungserfolg muß sich je nach der Entscheidung der Alternative als ein verschiedener darstellen.[7])

---

[3]) Beispiel: eins von meinen beiden Pferden. Näheres hierüber s. § 5 der Diss.

[4]) Pescatore, Wahlschuldverh. S. 143.

[5]) Schollmeyer, Oertmann, v. Staudinger Vorbem. zu §§ 262 ff.; Crome Bd. 2 S. 90 u. a. m. A. M. meines Wissens nur Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 97 ff.

[6]) Mot. Bd. 2 S. 6.

[7]) Das ist, wenn mehrere Erfüllungsorte oder Erfüllungszeiten zur Wahl gestellt sind, in der Regel der Fall. Zu weit geht aber doch wohl Pescatore, der als Beispiele von Wahlschulden im technischen Sinne nachstehende Fälle bringt: ein Bote wird beauftragt, Arzt A oder Arzt B zu holen (Wahlschuldverh. S. 179,

II. Das alternative Schuldverhältnis umfaßt mehrere Leistungen in der Art, daß jede für sich zur Erfüllung geeignet ist. Begrifflich scharf davon getrennt ist das einfache Schuldverhältnis mit sogen. facultas alternativa des Schuldners,[8]) d. i. ein Schuldverhältnis, kraft dessen der Schuldner nur zu einer Leistung schlechthin verpflichtet, jedoch befugt ist, sich durch Bewirkung einer andern als der geschuldeten Leistung zu befreien.[9]) Dieses Schuldverhältnis umfaßt nur eine Leistung, die Befreiungsleistung ist nicht geschuldet; ihre Bewirkung ist nicht Erfüllung, sondern Erfüllungsersatz, Leistung an Erfüllungsstatt.[10]) Ihrem Wesen entsprechend gewährt die einfache Obligation mit Schuldnerermächtigung einen einheitlichen Anspruch und nur einen solchen; ein Recht des Gläubigers, zur Durchsetzung des Anspruchs auf die Befreiungsleistung zu greifen, ist von vornherein ausgeschlossen. Demgemäß sind Klage und Verurteilung wie auch die Vollstreckung notwendig nur auf die eine geschuldete Leistung gerichtet, immer mit der Maßgabe, daß sich der Schuldner durch Bewirkung der andern befreien kann. Anders bei der Wahlschuld. Hier ist jede Leistung geschuldet, ihre Bewirkung Erfüllung. Mit der Klage begehrt der Gläubiger vom wahlberechtigten Schuldner sämtliche Leistungen alternativ, entsprechend lautet die Verurteilung, und die Exekution geschieht trotz Schuldner-

---

303 f.); jemand bestellt das Anstreichen seiner Hausfassade „in Graublau oder Graugelb" (S. 185 und mehrfach); ein Tischler hat „ein verquollenes Fenster durch Abhobeln der Flügel oder Bestoßen der Öffnung" schließend zu machen (S. 138 Anm. 1); jemand soll den Fußsteig „mit Sand, Erde, Asche oder Sägespänen" bestreuen. Nicht jede Auswahl in Erfüllungsmöglichkeiten ist Kriterium für eine alternative Obligation (vgl. RG. bei Gruchot Bd. 47 S. 916 ff.). Wenn auch a unter der Modalität x objektiv stets etwas andres ist als unter der Modalität y, ist es noch nicht notwendig subjektiv, d. h. für die Parteien, im Geiste des Schuldverhältnisses, eine andre Leistung.

[8]) Man kennt auch eine fac. alternativa des Gläubigers; diese Gestaltung interessiert jedoch für unsere Betrachtung nicht.

[9]) Beispiele im Gesetz: §§ 528 Abs. 1, 1001, 1712 Abs. 2, 1973 Abs. 2, 1992 BGB.

[10]) So Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 166. Gegen diese Konstruktion wendet sich mit m. E. nicht durchschlagender Begründung Pescatore, Wahlschuldverh. S. 285.

wahlrecht nach Belieben des Gläubigers in die eine oder die andere Leistung.[11])

Bei der mangelhaften Technik der Laiensprache können sich mitunter Zweifel erheben, ob eine Wahlschuld oder eine einfache Schuld mit fac. alternativa des Schuldners hat begründet werden sollen. Als Richtschnur für die Beurteilung solcher Fälle wird zu dienen haben, daß bei der bloßen facultas die eine Leistung als die prinzipale und die Wahlbefugnis des Schuldners in seinem einseitigen Interesse zu dem Zwecke geschaffen erscheint, ihm die Verbindlichkeit auf jene in gewisser Beziehung zu erleichtern, während bei der Wahlschuld in der Regel keine Leistung prävaliert.[12])

2. Insbesondere die alternative im Gegensatze zur generellen Bestimmung des Leistungsgegenstandes.

§ 3.

I. Vielfach wird der Wahlschuld im Systeme die Stellung eines Zwischengliedes zwischen Individual- und Gattungsschuld, einer Übergangserscheinung von völliger Bestimmtheit zur gattungsmäßigen Bestimmtheit angewiesen.[1]) Die Gattungsschuld ist eine Obligation mit einheitlich, zwar in besonderer Art — abstrakt, nach Gattungsmerkmalen —, aber nichtsdestoweniger vollständig bestimmtem Leistungsinhalte.[2]) Ihre Ähnlichkeit mit der Wahlschuld ist rein äußerlich die, daß zunächst nicht feststeht, welcher

[11]) Die sonstigen praktischen Unterschiede, die sich aus der Verschiedenheit der beiden Rechtsverhältnisse ergeben, einzeln aufzuzählen, würde hier zu weit führen. Näheres bei Pescatore, Wahlschuldverh. S. 286 ff.

[12]) Ähnlich das OLG. Dresden im Urteil v. 17. 5. 1905, abgedr. im Sächs. Arch. 1906 S. 36 f. Neuerdings erhebt Kuhlenbeck bei Staudinger (Bd. 2a Vorbem. zu §§ 262 ff.) Bedenken gegen die Aufstellung „eines allgemeinen, von dem der Wahlschuld verschiedenen" Begriffs des Schuldverhältnisses mit fac. alt. Ich glaube, daß die Wissenschaft diesen fest umrissenen Begriff kaum wird entbehren können.

[1]) So z. B. Brinz, Lehrb. d. Pand. Bd. 2, 1 S. 99 („bloß alternative — schlechthin generische" Bestimmung). Ähnlich auch noch Eck, Vortr. S. 257 Anm. 4.

[2]) vgl. Windscheid Bd. 2 § 255 S. 34; Haver S. 6.

konkrete Gegenstand dereinst der Erfüllung dienen wird. Aber der Grund dieser Unbestimmtheit ist in jedem Falle ein andrer: bei der Wahlschuld der, daß eine Unbestimmtheit gelassen ist zwischen mehreren Leistungen, bei der Gattungsschuld der, daß die eine Leistung in eigenartiger Weise, nämlich so bestimmt ist, daß dem Schuldner zur Bewirkung dieser Leistung eine Auswahlmöglichkeit offensteht. Der Wahlschuldner kann die, er kann jene Leistung bewirken; der Gattungsschuldner bewirkt, wenn er erfüllt, im Sinne des Schuldverhältnisses immer dieselbe Leistung, gleichgültig welches Gattungsindividuum er auswählt.[3]) Der begriffliche Unterschied wird sofort klar, wenn man sich eine alternative Obligation mit jeweils gattungsmäßiger Bestimmtheit ihrer Glieder vergegenwärtigt: soviel Glieder der Alternative, soviel Leistungsmöglichkeiten; soviel Individuen der mehreren Gattungen, soviel Möglichkeiten der individuellen Erfüllungsgestaltung. Daraus geht hervor: die Gattungsschuld ist nicht gleich einer alternativen Obligation mit einer der Zahl der Gattungsindividuen entsprechenden Zahl von Gliedern; sie ist es auch dann nicht, wenn etwa nur zwei Gattungsindividuen vorhanden sind, wie sie nicht zur Speziesschuld dadurch wird, daß zufällig nur ein Gattungsindividuum existiert.

Zwischen Gattungs- und Wahlschuld besteht also keine Verwandtschaft, höchstens ein Gegensatz: daß der Leistungsinhalt bei der Gattungsschuld bestimmt, bei der Wahlschuld in gewissem Grade unbestimmt ist. Derselbe Gegensatz besteht aber auch zwischen Wahl- und Speziesschuld. Will man — nebenbei bemerkt — der Alternativobligation eine Stellung im System anweisen, so kann man sie nur als Zwischenglied zwischen der Schuld mit einheitlich[4]) fixiertem Leistungsinhalt und der von Litten[5]) so genannten Blankettschuld, der Schuld mit noch völlig unbestimmtem Leistungsinhalt (§ 315 BGB.) betrachten.

---

[3]) Dies auch dann, wenn eine unvertretbare Sache in genere geschuldet wird; dann haben die Parteien von den individuellen Verschiedenheiten abstrahiert; vgl. Haver S. 26; a. M. und verwischend Pescatore, Wahlschuldverh. S. 149.

[4]) Nicht speziell!

[5]) Litten S. 33.

II. Trotz der begrifflichen Entlegenheit der Gattungs- von der Wahlschuld gibt es Grenzfälle, deren richtige Subsumierung Schwierigkeiten bereitet. Es sind das diejenigen Fälle, bei denen der Schuldner einen oder eine Anzahl unvertretbarer Gegenstände aus einem bestimmten Komplex nach seiner Wahl zu leisten hat und die Verpflichtung nicht in die Form einer Disjunktive gekleidet ist; Beispiel: eins von meinen fünf Gemälden.

Es gibt keinen juristisch feststehenden Gattungsbegriff. Er ist subjektiv; durch die der Gattungssache gegebenen mehr oder weniger spezialisierenden Merkmale wird er, mit engerer oder weiterer Begrenzung, in concreto erst geschaffen.[6]) Ein spezialisierendes Gattungsmerkmal ist auch die Herkunft aus einem bestimmten Komplex; die dem Komplex angehörenden Sachen der betreffenden Art bilden dann die Gattung: sogen. beschränkt-generische Obligation.[7]) So kann es kommen, daß durch gattungsmäßige Bestimmung der Leistung in concreto die Auswahl auf ein Minimum von Objekten beschränkt wird. Es steht mithin begrifflich nichts im Wege, im Falle „eins von meinen fünf Gemälden" eine Gattungsschuld anzunehmen; jedoch ist „zuzusehen, ob nicht die generische Bezeichnung eine Abkürzung der alternativen ist".[8])

Hier entsteht die schwierige Auslegungsfrage: Haben sich die Parteien die von der Bestimmung umfaßten Gegenstände dieser Provenienz als Gattung gedacht, oder haben sie sich jene Gegenstände als Individuen vorgestellt, unter denen eine Wahl im Sinne der Entscheidung einer Alternative zu treffen ist? Je nachdem liegt eine Genus- oder eine Wahlschuld vor; denn auf die Parteiabsichten kommt es an. Als Anhaltspunkte für die Entscheidung finden sich folgende hervorgehoben:

---

[6]) vgl. Staudinger-Kuhlenbeck Anm. 4 zu § 243.

[7]) Die Berechtigung dieses Begriffes leugnet wohl nur noch Oertmann Anm. 1 zu § 243; vgl. Staudinger-Kuhlenbeck Anm. 4 zu § 243; weitere Literatur bei Pescatore, Wahlschuldverh. S. 146 f.

[8]) Windscheid Bd. 2 § 255 S. 35. Diejenigen beschränkt-generischen Obligationen, bei denen eine Quantität vertretbarer Sachen aus einem bestimmten Vorrat zu leisten ist, scheiden für die Betrachtung aus, da bei ihnen eine Wahlschuld nicht in Frage kommt (Berndorff S. 16; Staudinger-Kuhlenbeck Anm. 4 zu § 243; RG. Bd. 48 S. 221 ff., Bd. 57 S. 141).

a) Eine sehr geringe Stückzahl legt die Annahme einer Wahlschuld, eine erhebliche Stückzahl, die die Vorstellung der einzelnen Gegenstände als Individuen erschwert, die einer Gattungsschuld nahe;[9]) die Unübersehbarkeit des Vorrats muß die Annahme einer Alternativobligation ausschließen.[10])

b) Die generelle Vorstellung liegt um so ferner, je größer die individuellen Verschiedenheiten sind (Reitpferde, Gemälde von verschiedenem Werte), dagegen erleichtert eine wesentliche Gleichartigkeit der Stücke die Vorstellung als Gattung (Hammelherde).[11])

Keiner dieser Gesichtspunkte liefert ein schlechthin zuverlässiges Kriterium. Abgesehen von der Flüssigkeit der Grenzen fördern sie nichts für jene Kombinationen, wo niedrige Objektszahl mit wesentlicher Gleichartigkeit, hohe Zahl mit starker Wesens- oder Wertdifferenz zusammentrifft. Die Entscheidung muß der Beurteilung des einzelnen Falles überlassen bleiben.[12])

Die Frage nach den praktischen Konsequenzen der Entscheidung für dieses oder jenes Schuldverhältnis ist die Frage nach der rechtlichen Natur der beschränkt-generischen Obligation. Diese ist nicht unbestritten; die einen wollen auf sie die Grundsätze über Gattungsschulden schlechthin, andre sie nur mit Modifikationen anwenden.[13])

---

[9]) Berndorff S. 19; Litten S. 90.

[10]) Eck, Vorträge S. 241; Litten S. 90.

[11]) Chamizer S. 66; Weißmann S. 27.

[12]) So im Ergebnis die überwiegende Mehrzahl der Kommentatoren; vgl. Planck Bem. 2 zu § 243; Berndorff S. 19; Haver S. 25; Chamizer S. 66 f.; Litten S. 90 f.; übereinstimmend auch Mot. Bd. 2 S. 11. Interessant ist, daß Savigny (ObIR. Bd. 1 § 38) in allen diesen Fällen eine alternative Obligation, dagegen Ihering, Gefahr bei Kaufkontr., in Jahrb. Bd. 4 S. 406, mit Rücksicht auf die Ausdrucksweise grundsätzlich eine Gattungsschuld annahm. § 1864 des 1. Entw. schrieb für das Vermächtnis einer generell bestimmten Sache aus dem Nachlaß die Anwendung der Regeln über die Alternativobligation vor.

[13]) Für die erste Alternative Staudinger Anm. 4 zu § 243; vgl. Litten S. 91. Für das letztere anscheinend Berndorff S. 13; Weißmann S. 20, die keine Gattungsschuld, sondern einen „selbständigen Fall" annehmen; vgl. RG. Bd. 57 S. 141: „eine besonders geartete Gattungsschuld".

3. Die Regel des § 262 BGB.

§ 4.

Wir wenden uns wieder der Alternativobligation zu. Die Frage, wem die Entscheidung der Alternative in Ermanglung besonderer Bestimmung zusteht, löst der § 262 BGB. in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts und den älteren Kodifikationen[1]) dahin, daß „im Zweifel" das Wahlrecht der Schuldner hat. Ehe wir auf diese Gestaltung, den eigentlichen Gegenstand unserer Darstellung, näher eingehen, sind noch einige Bemerkungen zu der Bestimmung des § 262 vonnöten.

Deren Tragweite ist nämlich nicht ganz unbestritten. Die Mehrzahl der Kommentatoren[2]) sieht in ihr eine Auslegungsvorschrift; Stammler dagegen in seiner ausführlichen Erörterung über „Ergänzende Rechtssätze und Auslegungsregeln"[3]) faßt ihre Bedeutung in einem weiteren, dem des dispositiven Rechtssatzes sich nähernden Sinne. Ihm folgt Pescatore.[4])

Prima facie ist man geneigt, der ersteren Auffassung den Vorzug zu geben. Was hätten die Worte „im Zweifel" für einen Sinn, wenn man einen ergänzenden Rechtssatz hätte aufstellen wollen? In diesem Falle hätten sie wegbleiben können. Andrerseits aber ist klar, daß die Auslegungsregel nicht genügt. Sie würde nur anzuwenden sein, wenn eine rechtsgeschäftliche Bestimmung zwar vorliegt, aber zweifelhaft ist; sie würde aber versagen, wenn eine Regelung gar nicht getroffen ist. Soll da das Los entscheiden? Es ist gewiß, daß der Gesetzgeber das gerade nicht beabsichtigt hat. Stammler[5]) weist darauf hin, daß sich das Bürgerliche Gesetzbuch mitunter desselben Ausdrucks bedient,

---

[1]) Zitate in den Mot. Bd. 2 S. 6.

[2]) Planck, Staudinger, Oertmann zu § 262; Litten S. 132 Anm. 6.

[3]) Stammler, Schuldverh. S. 55 ff.

[4]) Pescatore, Wahlschuldverh. S. 165.

[5]) Stammler S. 63, 76, 81.

um einen Rechtssatz als ergänzende Norm, wie um ihn als Interpretationsregel zu kennzeichnen, daß auch der Charakter einer gesetzlichen Vorschrift bisweilen beides deckt. Von andrer Seite[6]) wird auf den „äußerst geringfügigen begrifflichen Unterschied" zwischen beiden Gestaltungen hingewiesen; manche[7]) leugnen den Unterschied ganz. M. E. steht nichts im Wege, das „im Zweifel" weiter zu fassen, als auf alle Fälle gemünzt, wo man überhaupt im Zweifel sein kann, sei es auch deshalb, weil eine Disposition nicht vorliegt — und damit der Auslegungsregel zugleich die Funktion des ergänzenden Rechtssatzes zu geben.[8]) Daß die Vorschrift auch bei gesetzlichen Wahlschulden Platz greift, wo eine Ordnung durch Rechtsgeschäft nicht in Frage kommt, wird man ja nicht bestreiten können.

Auf die Frage der Beweislast ist die Kontroverse ohne Einfluß.[9]) Der Gläubiger ist immer beweispflichtig, wenn er sein Wahlrecht behauptet.

In Anwendung auf alternative Vermächtnisse ergibt die Regel des § 262, daß im Zweifel dem Vermächtnisbeschwerten (Erben, Vermächtnisnehmer) die Wahl zusteht,[10]) in Anwendung auf gegenseitige Verträge, daß im Zweifel der alternativ Schuldende wählt.[11]) Schulden im letzteren Falle beide Teile alternativ, so hat jeder Teil die Wahl in Ansehung seiner Leistung — vorausgesetzt, daß nach dem Inhalte des Vertrags die Entscheidung einer Alternative unabhängig von der der andern ist. Ist sie es nicht, lautet die Alternative also „a gegen x oder b gegen y", so versagt der § 262; hier muß die Auslegung helfen.[12])

Die Einräumung des Wahlrechts an den Gläubiger kann stillschweigend erfolgen.

---

[6]) Eck S. 32; Staub, Komm. z. HGB. 6. u. 7. Aufl. S. 18 ff.

[7]) Endemann Bd. 1 S. 34.

[8]) So im Ergebnis auch Litten S. 132 Anm. 6.

[9]) Staub S. 21.

[10]) Mot. Bd. 5 S. 170 f.; Planck zu § 2154; Strohal, Erbrecht Bd. 1 S. 259. Nach römischem Recht wählte beim alternativen Vindikationslegat der Bedachte.

[11]) Leuchtenberger S. 11; Litten S. 130; Pescatore S. 166.

[12]) Übereinstimmend Planck Bem. 2 zu § 262; Cosack Bd. 1 S. 310; Litten S. 131.

Bei manchen Rechtsgeschäften wird sie die Regel bilden, so aus wirtschaftlichen Gründen beim Handelskauf.[13]) Pescatore[14]) nimmt an, daß die Fälle des Gläubigerwahlrechts überhaupt überwiegen.

Zweites Kapitel.

Wesen und Konstruktion der alternativen Verpflichtung mit Schuldnerwahlrecht.

1. Sämtliche Leistungen in obligatione.

§ 5.

Das Problem der juristischen Konstruktion der alternativen Obligation war in der gemeinrechtlichen Doktrin eine viel erörterte Streitfrage. Insbesondere war es die Frage: Was wird geschuldet? Sind schon sämtliche Leistungen im Obligationsnexus? Oder ist es nur eine? Oder zunächst gar keine? die lebhafte Meinungsverschiedenheiten hervorrief. Bernstein[1]) erklärt sie noch für eine „Prinzipienfrage von hoher theoretischer und praktischer Bedeutung". Neuerdings hat man sich gewöhnt, derartigen theoretischen Streitfragen kühler gegenüberzustehen; mehrfach wird der Kontroverse die praktische Bedeutung jetzt überhaupt abgesprochen.[2]) Da die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs unzweifelhaft zu der Frage Stellung genommen haben, können wir eines Eingehens auf sie nicht ganz entraten; doch muß für unsere Zwecke ein kurzer Überblick genügen.

Im Anschluß an die — auf eine disjunktive Stipulation bezügliche — Bemerkung des Paulus in l. 128 D. de verb. obl. (45, 1): „... quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad

---

[13]) Das ALR. (I, 11 § 38) gab allgemein beim alternativen Kauf das Wahlrecht dem Käufer.

[14]) Pescatore, Wahlschuldverh. S. 3.

[1]) Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen und alternativen Rechtsgeschäften S. 1.

[2]) So u. a. v. Pescatore, Wahlschuldverh. S. 130 ff.

solutionem“ und einige ähnliche Quellenstellen[3]) hatten die Glossatoren für die alternative Obligation die Formel gebildet: duae res in obligatione, una tantum in solutione. Also: jede der alternativ geschuldeten Leistungen ist im Obligationsnexus.[4])

Fitting[5]) huldigte dieser Anschauung nicht. Nach ihm ist von vornherein nur eine Leistung in obligatione; welche das ist, das steht freilich noch nicht fest, das stellt sich erst nachträglich durch die Wahl heraus. Bernstein[6]) führt aus, es sei schon unter den römischen Juristen neben der Auffassung, daß beide Leistungen in obligatione sich befänden und durch die Wahl oder das ihr äquivalente Ereignis eine davon ex tunc aus der Obligation ausscheide (von Bernstein sogen. Theorie von der resolutiven Pendenz), die weitere vertreten gewesen, wonach die Obligation zunächst objektslos sei und erst durch die Wahl eine bestimmte Leistung mit Wirkung ex tunc zum Obligationsgegenstande gemacht werde (von Bernstein sogen. Theorie von der suspensiven Pendenz).[7]) Bernstein selbst[8]) bekennt sich zu der Anschauung, daß die Obligation zunächst des Objekts entbehre, ihr Bestand aber durch eine Gebundenheit des schuldnerischen Willens schon vor der Entscheidung gewahrt sei. — Windscheid[9]) ist der Meinung, daß man bei Schuldnerwahlrecht von einem „in obligatione sein“ der sämtlichen Leistungen eigentlich nur insofern sprechen könne, als der Schuldner in Beziehung auf keine ungebunden sei. — Pescatore endlich[10]) hilft sich im Falle des

---

[3]) l. 112 pr. D. de verb. obl. (45, 1); l. 5 § 2 D. qui et a quibus (40, 9); l. 32 D. de novationibus (46, 2).

[4]) Über die Unkorrektheit des „una tantum in solutione“ im Sinne der quellenmäßigen Terminologie vgl. Pescatore, Wahlschuldverh. S. 49 Anm. 5. Hier interessiert nur der erste Teil der Formel.

[5]) Fitting, Die Natur der Korrealobl. S. 140 ff.

[6]) Bernstein S. 3 ff., 97 ff.

[7]) Gegen die diesbezügliche Quelleninterpretation Bernsteins sehr ausführlich Pescatore, Die sogen. altern. Obl. S. 54 ff.

[8]) Bernstein S. 100.

[9]) Windscheid Bd. 2 § 255 Anm. 5 S. 23 f.

[10]) Pescatore, Die sogen. altern. Obl. S. 126. Die bei Pescatore schon bemerkte (vgl. oben § 3 Anm. 3 der Diss.) Verwischung genereller und alternativer Bestimmung. Jene erzeugt eine abstrakte Bestimmtheit, diese eine konkrete Unbestimmtheit.

Schuldnerwahlrechts mit der Vorstellung einer „abstrakten" Bestimmung der Leistungspflicht, in Ansehung deren nur noch nicht feststehe, durch welche der mehreren in der abstrakten Bestimmung begriffenen konkreten Leistungen ihr werde genügt werden.

Da Fittings Annahme einer bloß subjektiven, gedanklichen Unbestimmtheit nicht zusagte,[11]) die Vorstellung eines objektlosen und doch realisierbaren Anspruchs aber unannehmbar erschien, kam man schließlich gewissermaßen per exclusionem überwiegend zu der Auffassung, daß die sämtlichen Leistungsgegenstände in obligatione seien, freilich in besonderer Weise, eben alternativ.[12])

Daß die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs diese Vorstellung für die richtige gehalten haben, ergibt sich unzweifelhaft nicht nur aus der von den Motiven[13]) gegebenen Begriffsbestimmung der alternativen Obligation als „des Schuldverhältnisses, welches auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet ist, daß nur die eine oder die andere erfolgen soll, die sämtlichen Leistungen aber von Anfang an bis zur Entscheidung, welche derselben wirklich zu bewirken ist, in obligatione sind", sondern auch aus den Protokollen über die Beratungen der 2. Kommission.[14]) Die Bestimmungen des Gesetzbuchs haben denn auch dementsprechend, und zwar ganz im Sinne der von Bernstein formulierten „resolutiven Pendenztheorie" (mit rückwärtig auflösender Wirkung der Wahl), ihre Fassung erhalten (arg. §§ 262, 263 Abs. 2 BGB.). Damit hat nach der Meinung der überwiegenden Zahl der Kommentatoren diese Theorie ihre gesetzliche Sanktion gefunden.[15]) Immerhin erhoben sich auch jetzt noch Stimmen, die die Berechtigung dieser Auffassung und die Notwendigkeit ihrer Folgerung aus dem Gesetze bestreiten.[16])

[11]) Dagegen schon Windscheid a. a. O.; Bernstein S. 5 sowie Pescatore, Die sogen. altern. Obl. S. 42.

[12]) Brinz S. 103; Wächter, Pand. Bd. 2 S. 281; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 79.

[13]) Mot. Bd. 2 S. 6.

[14]) Prot. der 2. Kommission Bd. 1 S. 282.

[15]) Schollmeyer Vorbem. zu §§ 262 ff.; Planck Anm. 1 zu § 262; Rehbein Bd. 2 S. 72 Ziff. 60; Endemann Bd. 1 § 118 Anm. 3, 6, 7; Crome Bd. 2 § 153 Anm. 6; Marcus S. 7; Chamizer S. 1 ff.

[16]) Enneccerus-Lehmann Bd. 1 § 165 S. 417; F. Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld S. 63; Litten S. 73 ff.

M. E. ist es die einzig richtige Anschauung, daß auch bei Schuldnerwahlrecht die sämtlichen Leistungen in obligatione sind (ad obligationem ponuntur), wodurch gerade die Wahlschuld sich von der einfachen Schuld mit facultas alternativa unterscheidet. Die Frage bleibt freilich dabei offen, ob — bei der für uns immer allein in Betracht kommenden Wahlschuld mit Schuldnerwahlrecht — praktische Folgerungen aus dem „in obligatione sein" gezogen werden dürfen.

Der Satz kann unzweifelhaft nicht bedeuten, daß für die Dauer des Pendenzverhältnisses diejenigen Wirkungen statthaben, die statthaben würden, wenn der Schuldner die einzelnen Leistungen schlechthin schuldete. Er schuldet sie nicht kopulativ, sondern alternativ. Der Gläubiger kann nur auf „a oder b" klagen, eine Klage auf a allein oder auf b allein wäre ebenso eine plus petitio und müßte ebenso zur Abweisung führen wie eine Klage auf „a und b". Daraus ergibt sich zugleich, daß auch nicht an ein Geschuldetsein der sämtlichen Leistungen unter einer auflösenden Bedingung zu denken ist.[17]) Daß endlich auch nicht die Zerlegung der Forderung in einzelne, je an eine aufschiebende Bedingung geknüpfte Ansprüche auf die einzelnen Leistungen angängig ist, wird im folgenden Paragraphen der Dissertation noch dargelegt werden. Schon hieraus kann man ersehen, daß es bedenklich sein muß, etwa für die Gestaltung der Haftung des Schuldners in Ansehung des einzelnen Leistungsgegenstandes positive Konsequenzen aus dem Leitsatze zu ziehen.

Wie aber soll man sich das Geschuldetsein der mehreren Leistungen denken? Eine völlig befriedigende Antwort hierauf wird sich kaum geben lassen. Interessant ist, worauf Pescatore[18]) aufmerksam macht, daß das „in obligatione esse" im Sprachgebrauche der römischen Quellen, auf die ja die Determinierung der Motive schon durch den Gebrauch der lateinischen Worte zurückweist, nur diejenige Leistung bezw. diejenigen Leistungen bezeichnet, welche in dem auf die Begründung des Schuldverhält-

---

[17]) Auch diese Konstruktion hat ihren Vertreter gefunden: Girtanner, Bürgschaft S. 75ff., 397ff.

[18]) Pescatore, Wahlschuldverh. S. 49f.

nisses abzielenden Teile des Rechtsgeschäfts genannt sind, was u. a. insofern von Bedeutung ist, als die betreffenden Leistungen im Augenblicke des Geschäftsabschlusses möglich sein müssen.[19])

Es handelt sich eben hier nicht um ein gewöhnliches Geschuldetsein, sondern um ein Geschuldetsein besonderer, nämlich alternativer Art, um ein Schuldverhältnis, das im Gesetze seine ganz eigenartige, übrigens vom früheren Rechte nicht unwesentlich abweichende Prägung erhalten hat. Hieraus erhellt, daß man sofort auf Abwege geraten muß, wenn man für das von uns zu betrachtende Rechtsverhältnis aus dem allgemeinen Gesichtspunkte des „Geschuldetseins" der mehreren Leistungen praktische Konsequenzen herleiten wollte, die sich nicht aus der ganzen Eigenart des Schuldverhältnisses ergeben.[20])

2. Die Einheit des Anspruchs.

§ 6.

Nahezu vollständige Einmütigkeit herrscht jetzt darüber, daß die Wahlschuld mit Schuldnerwahlrecht ein schlechthin einheitliches Rechtsverhältnis ist, bei dem das Forderungsrecht des Gläubigers keine Zerlegung in mehrere Anspruchselemente duldet.[1]) Schon in der späteren gemeinrechtlichen Doktrin hat m. W. nur noch Ryck[2]) den entgegengesetzten Standpunkt vertreten. Zu welch gekünstelten Vorstellungen er führt, lehrt die Folgerung Rycks, die alternative Klage sei „in Wahrheit eine Kombination, eine Zusammenfassung mehrerer Klagrechte".[3]) Der Anspruch geht

---

[19]) l. 128 D. de verb. obl. (45, 1).

[20]) Wir werden auf diesen Gegenstand noch zurückzukommen haben (unten § 16 der Diss.).

[1]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 97; Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 417; Stammler S. 136; Crome Bd. 2 S. 89 f.; Hölder im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 17; Oertmann Vorbem. 1 zu §§ 262 ff. Die Einheitlichkeit des Anspruchs wird hier auch von denen unumwunden anerkannt, die im Falle des Gläubigerwahlrechts mit einer Anspruchsmehrheit operieren: Langheineken S. 194, 197; Pescatore, Wahlschuldverh. S. 132. Abweichend wohl nur noch Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 101 f.

[2]) Ryck S. 208 ff.

[3]) Ryck S. 210.

durchaus einheitlich auf eine oder mehrere bestimmte Leistungen, entsprechend lautet das Klagbegehren, entsprechend das Urteil. Hier kann von einer Mehrheit von Ansprüchen keine Rede sein. Auch die Vollstreckung ist grundsätzlich einheitlich; betrifft sie zufolge der Eigenart ihrer Gestaltung einmal beide Leistungen,[4]) so geschieht es nicht zur Befriedigung mehrerer Ansprüche, sondern immer nur zur Befriedigung des einen Anspruchs.

Die Versuchung liegt allerdings nahe, das Verhältnis des Gläubigers zu den einzelnen Leistungen gesondert ins Auge zu fassen und zu sagen: Der Gläubiger kann jetzt keine dieser Leistungen schlechthin fordern; aus dem Schuldverhältnisse ergibt sich aber hinsichtlich jeder einzelnen die Möglichkeit, daß sie einmal schlechthin geschuldet wird. Daß sie es wird, hängt bei jeder der Leistungen davon ab, daß entweder die Wahl des Schuldners auf diese Leistung fällt oder die übrigen Leistungen ohne Verschulden des Gläubigers unmöglich werden (§§ 263, 265 BGB.); die Geltendmachung des Anspruchs auf diese konkrete Leistung schlechthin ist von einem incertum an abhängig, der Anspruch ist aufschiebend bedingt. Die Konstruktion der alternativen Obligation als einer Kombination mehrerer aufschiebend bedingter Ansprüche ist in der Tat versucht,[5]) aber schon von der gemeinrechtlichen Wissenschaft ziemlich einmütig mit der Begründung zurückgewiesen worden, daß ein Zwang zur Erfüllung mit dem Wesen der aufschiebenden Bedingung unvereinbar sei.[6]) Dem ließe sich auch nicht mit dem Einwande begegnen, dadurch, daß die Defizienz bezüglich der einen Leistung notwendig die Existenz der Bedingung in Ansehung der andern enthalte, durch dieses Ineinandergreifen werde der Anspruch als Ganzes zu einem unbedingten. Das wäre nur richtig, wenn wirklich für den Gläubiger aus der Obligation einmal ein Anspruch auf eine der Leistungen schlechthin entstehen müßte. Das ist aber nicht notwendig, der Schuldner kann sofort erfüllen,

---

[4]) Der Gläubiger kann, wenn die Exekution in die eine Leistung nur zu teilweiser Befriedigung geführt hat, auf eine andre greifen (vgl. unten § 17 der Diss.).

[5]) Von Donellus ad l. 1 § 5 D. de verb. obl. Nr. 7; etwas modifiziert wieder aufgenommen von Adickes, Zur Lehre von den Bedingungen S. 31.

[6]) Windscheid Bd. 2 § 255 Anm. 3 S. 23; Bernstein S. 106.

ohne zu wählen,[7]) und dann tritt ein einfacher Anspruch überhaupt niemals ins Leben. Und dieser Verlauf ist sogar der normale. Eine obligatio simplex in der Richtung auf eine bestimmte Leistung kann möglicherweise entstehen, sie entsteht aber im normalen Verlaufe nicht. Schon deshalb wäre es verfehlt, von einem aufschiebend bedingten Anspruche auf die einzelne Leistung zu sprechen. Jeder Versuch solcher Konstruktion muß aber scheitern an der Eigenartigkeit und Unteilbarkeit des alternativen Anspruchs. Er läßt sich mit dem einfachen nicht auf eine Formel bringen, auch nicht unter Zuhilfenahme eines dem Schuldverhältnisse durchaus fremdartigen Bedingungsmoments.

Damit gelangen wir zu dem praktischen Ergebnisse, daß eine Verfügung über den Anspruch auf die einzelne Leistung mit dinglicher Wirkung nicht denkbar ist, solange der alternative Anspruch als solcher besteht.[8]) Der Anspruch auf die einzelne Leistung kann also nicht abgetreten, verpfändet, gepfändet, an ihm kann kein Nießbrauch bestellt werden. Ein auf eine solche Verfügung zielendes Rechtsgeschäft könnte nur obligatorische Wirkung äußern dergestalt, daß z. B. durch die Abtretung der Gläubiger verpflichtet wird, dem Dritten den betreffenden Gegenstand herauszugeben, wenn der Schuldner ihn leistet, bezw. dem Dritten den Anspruch auf diesen Gegenstand abzutreten, falls sich das Schuldverhältnis einmal auf diese Leistung konzentrieren sollte.[9]) Erklärt der Gläubiger in der Annahme der dinglichen Wirkung der vermeintlichen Zession dem Schuldner, er habe, falls er sich für x entscheide, dieses nicht an ihn, den Gläubiger, sondern an den Dritten zu leisten, so erwächst daraus allein für den Schuldner noch keine Verpflichtung, sondern nur eine Berechtigung. Er kann sich durch Leistung von x an den vermeintlichen Zessionar liberiren, kann aber x auch nach wie vor an den wirklichen Gläubiger leisten.

Allerdings ermöglicht das Gesetz eine unmittelbare Sicherstellung des Anspruchs auf die einzelne Leistung, insofern es sowohl die Übernahme einer Bürgschaft wie die Bestellung einer

---

[7]) vgl. unten § 11 der Diss.

[8]) Übereinstimmend, wenn auch nicht in dieser Formulierung, Pescatore, Wahlschuldrecht S. 132 f.

[9]) Ähnlich Pescatore, Wahlschuldverh. S. 133.

Hypothek, eines Pfandrechts und die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung künftiger Forderungen gestattet (§§ 765 Abs. 2, 1113 Abs. 2, 1204 Abs. 2, 883 Abs. 1 BGB.). Ein Bedürfnis in dieser Richtung kann sich ergeben; man denke an ein Vermächtnis, wonach der Bedachte zehn Jahre nach dem Tode des Erblassers eine bestimmte Liegenschaft oder 10000 Mk. nach Wahl des Erben erhalten solle, und nehme an, daß der Nachlaß im wesentlichen nur aus der Liegenschaft besteht und eine Sicherstellung von den Beteiligten gewünscht wird. Es erscheint rechtlich unbedenklich, die Sicherstellung des künftigen Übereignungsanspruchs durch Eintragung einer Vormerkung und die der künftigen Geldforderung durch Eintragung einer Hypothek zuzulassen. Die Frage ist aber die, ob solche Sicherstellung dem Gläubiger viel nützt. Sie nützt ihm, wenn sich später das Schuldverhältnis durch Wahlerklärung des Schuldners auf eine Leistung konzentriert (§ 263 Abs. 2 BGB.); im Augenblicke der Konzentration auf den Geldanspruch z. B. erwirbt der Gläubiger die Hypothek, die bis dahin als Grundschuld dem Schuldner zustand (§§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1 BGB.). Wie aber, wenn eine Konzentration gar nicht eintritt, wenn selbst bis zum Beginn der Zwangsvollstreckung der Schuldner noch nicht wählt? Hier bleibt der Anspruch bis zur Durchführung alternativ; für ihn hat aber der Gläubiger eine Sicherung nicht erworben.

Drittes Kapitel.

Die Wahl.

Einleitung.

§ 7.

Das Wahlrecht des Schuldners bei der alternativen Obligation bedeutet dessen Befugnis, seiner Verpflichtung sowohl durch die eine wie durch die andre Leistung zu genügen. Zunächst nichts mehr; man kann dies auch so ausdrücken: es bedeutet die Verpflichtung des Gläubigers, sich sowohl an der einen wie an

der andern Leistung genügen zu lassen. Die Frage nach der Natur dieses Rechts des Schuldners, namentlich die Frage, ob es zu den subjektiven Rechten zu zählen sei oder nicht, hat man unterm gemeinen Rechte vielfach erörtert. Die Kontroverse hat einen vollständigen Abschluß nicht gefunden, doch war man jedenfalls darüber einig, daß dieses Recht eine selbständige Existenz nicht führe, daß es mit der Schuld auf den Nachfolger übergehe, daß es für sich allein nicht abtretbar sei.[1])

Das Wahlrecht des Schuldners konsumierte sich schon nach gemeinem Rechte durch wirklich vollzogene Leistung.[2]) Es ist die natürliche Folge des durch die Erfüllung bewirkten Erlöschens des alternativen Forderungsrechts, daß damit zugleich der Schwebezustand endgültig im Sinne der einen Leistung beseitigt, ein nachträgliches Zurückgreifen der einen wie der andern Partei auf eine andre Leistung schlechterdings ausgeschlossen ist. Dagegen wurde diese von Windscheid sogen. Konzentration nach römischem und gemeinem Recht nicht, wenigstens nach der herrschenden Meinung nicht, herbeigeführt durch bloß teilweise Leistung oder gar durch einfache Erklärung des Schuldners;[3]) das Recht des Schuldners, sich ebensowohl durch die eine wie durch die andre Leistung zu befreien, blieb durch diese Tatsachen unberührt (sogen. ius variandi).

Das Bürgerliche Gesetzbuch statuiert in dieser Beziehung eine grundsätzliche Abweichung von jenem älteren Rechtszustande, indem es an die einseitige Erklärung des Schuldners die Wirkung der Konzentration des Schuldverhältnisses auf die gewählte Leistung knüpft (§ 263 Abs. 2 BGB.). Das Gesetz befindet sich damit — nach dem Ausspruch der Motive[4]) — „in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Teile der modernen Kodifikationen sowie mit der Auffassung und dem Bedürfnisse des Verkehrs, welcher eine Regelung der kritischen Frage erheischt, wodurch die Beschleunigung der Vereinfachung des Schuldverhältnisses gefördert

---

[1]) vgl. z. B. Bernstein S. 47 f.
[2]) vgl. Windscheid Bd. 2 § 255 S. 25.
[3]) vgl. Windscheid Bd. 2 § 255 S. 25.
[4]) Mot. Bd. 2 S. 7.

und tunlichst bald Klarheit in das Schuldverhältnis gebracht wird". Damit hat die Rechtsposition des Schuldners eine grundsätzliche Änderung erfahren: seinem „Wahlrechte", seiner Befugnis des Sichentscheidens für die eine oder die andre Leistung, dieser bloßen Modalität der Leistungspflicht, ist das positive Recht entflossen, durch einfache Erklärung den Inhalt seiner Verpflichtung wie des Forderungsrechts des Gläubigers zu verändern; sie ist zum unbestreitbaren subjektiven Rechte geworden. Dem entspricht es freilich auf der andern Seite, daß der Schuldner die Wirkungen der Konzentration auch als Folgeerscheinung aller solcher Handlungen gegen sich gelten lassen muß, mit denen er die Herbeiführung der Konzentration nicht unmittelbar bezweckt, die aber doch dem Gläubiger zu erkennen geben, daß sich der Schuldner für eine bestimmte Leistung entschieden hat (z. B. teilweise Leistung, Anbieten einer Leistung);[5] denn die Erklärung der Wahl kann auch stillschweigend erfolgen.

Das „Recht zu wählen" des Schuldners hat also nunmehr eine doppelte Bedeutung: einmal seine Befugnis, durch die oder durch jene Leistung zu erfüllen, den Gläubiger so oder so zu befriedigen, und sodann sein Recht, durch Willenserklärung die Obligation auf einen Leistungsinhalt zu beschränken. Jene übt er aus, wenn er erfüllt, dieses braucht er nicht auszuüben, denn er kann sofort erfüllen ohne eine Wahlerklärung abgegeben zu haben. Das Recht, durch Erklärung zu wählen, verliert der Schuldner mit Beginn der Zwangsvollstreckung, ohne damit das Wahlrecht bei der Leistung zu verlieren.[6] Das erstere kann vertragsmäßig ausgeschlossen werden, so daß das Schuldverhältnis eine der gemeinrechtlichen ähnliche Gestaltung gewinnt. Man muß die beiden Bedeutungen auseinanderhalten, will man Klarheit über das Wesen der Schuldnerwahlschuld gewinnen. Beide Begriffe wirft man jetzt, nicht zum Vorteil der Klarheit, vielfach durcheinander, indem man mit dem Begriffe der Wahl im modernen, im Sinne eines Rechtsgeschäfts, in die Erfüllung ein dieser durchaus fremdes Moment hineinträgt. Man sagt jetzt: Die Erfüllung

---

[5]) Unbeschadet natürlich das Recht des Schuldners zur „Protestation".

[6]) vgl. unten § 17 der Diss.

ist Wahl und weil sie Wahl ist, konzentriert sie das Schuldverhältnis, sie konzentriert es aber auch nur, sofern sie zugleich den Erfordernissen einer Wahlerklärung genügt.[7]) Die nicht ganz scharfe Fassung des Gesetzes ist an diesem Mißverständnisse mit schuld; es spricht in § 262 vom „Wahlrechte" des Schuldners offenbar im Sinne der Auswahl bei der Erfüllung und fährt unmittelbar darauf in § 263 Abs. 1 fort: „Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Teile". Diese Erklärung aber ist die Ausübung einer dem „Wahlrechte" des Schuldners im Sinne des § 262 BGB. nur entspringenden, und nicht einmal notwendig entspringenden, jedenfalls nicht mit ihm identischen Befugnis; sie ist nicht die Ausübung jenes Wahlrechts selbst, sondern hat im Gegenteil seinen Verlust, den Verlust der größeren Freiheit bei der Erfüllung, im Gefolge.[8]) Die Erfüllung aber muß nach wie vor die Alternative endgültig entscheiden, nicht weil sie eine Wahlerklärung enthält, sondern weil sie Ziel und Beendigung des Forderungsrechts bedeutet.

Die folgenden Erörterungen sind der Wahl als Rechtsgeschäft, der Wahl durch Erklärung gewidmet.

1. Der Vollzug der Wahl.

§ 8.

I. Die Wahl wird wirksam mit der Erklärung gegenüber dem Gläubiger, ohne daß es einer Annahme von dessen Seite bedürfte (§ 263 Abs. 1 BGB.). Weil mit konzentrierender Wirkung ausgestattet, ist sie unwiderruflich. Sie bedarf, wie schon bemerkt, keiner Form und kann auch stillschweigend erfolgen.[1])

Als einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft unterliegt die Wahl den für diese Rechtsgeschäfte geltenden allgemeinen Vor-

---

[7]) Näheres hierüber und bezüglich der Literatur befindet sich unten in § 11 der Diss.

[8]) Die knappe Fassung des Gesetzes erklärt sich einigermaßen durch das Zusammenfassen der Wahlschulden mit Schuldner- und mit Gläubigerwahlrecht. Für letztere sind ganz andere Gesichtspunkte maßgebend.

[1]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 7.

schriften. In Betracht kommen im wesentlichen die Bestimmungen der §§ 130—132, 107, 111, 174, 177, 180 BGB. Deren Anwendung bietet keinerlei Besonderheiten. Zu bemerken ist nur, daß die Wahl weder dem Schuldner noch dem Gläubiger lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, und daß daher einerseits der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Schuldner sie nicht ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters wirksam erklären kann (§§ 107, 114 BGB.), und daß sie andererseits gegenüber dem beschränkt geschäftsfähigen Gläubiger grundsätzlich erst wirksam wird, wenn sie dessen gesetzlichem Vertreter zugeht (§ 131 Abs. 2 Satz 1; vgl. jedoch Satz 2 Halbsatz 2). Ferner hat folgendes zu gelten: Ist an der Forderung ein Nießbrauch bestellt, so muß die Wahl dem Nießbraucher gegenüber erklärt werden.[2]) Ist die Forderung verpfändet, so kommt es darauf an, ob die Voraussetzungen eingetreten sind, unter denen der Pfandgläubiger zur Einziehung der verpfändeten Forderung berechtigt ist (§§ 1228 Abs. 2, 1282 Abs. 1 BGB.). Sind sie noch nicht eingetreten, so bedarf die Wahl zu ihrer Wirksamkeit der Erklärung gegenüber dem Pfandgläubiger und dem Gläubiger; sind sie eingetreten, so ist die Erklärung gegenüber dem Pfandgläubiger erforderlich und genügend.[3]) Gehört die Forderung zu einem eingebrachten Gute, so ist die Wahl dem Ehemanne gegenüber zu erklären (§ 1403 Abs. 1 BGB.). Ist umgekehrt eine im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau die Schuldnerin, so kann nur sie die Wahl erklären; denn das Verwaltungsrecht des Mannes umfaßt nicht die Befugnis, die Frau durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten (§ 1375 BGB.). Die Zustimmung des Mannes zur Wahl ist nicht erforderlich (§ 1399 Abs. 1 BGB.). Nach § 1399 Abs. 2 Satz 1 würde nun ohne diese Zustimmung die Wahl dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes nicht wirksam sein. Doch wird man wohl richtig davon auszugehen haben, ob

---

[2]) Das folgt aus der Stellung des Nießbrauchers in Ansehung der Einziehung und Kündigung der Forderung. Vgl. Planck Anm. 1 d zu § 1074; Mot. Bd. 3 S. 545. Eine auf Zinsen ausstehende Forderung kommt nicht in Frage.

[3]) Arg. § 1282 Abs. 2 u. 3 BGB. Auch hier rechtfertigt sich die Analogie mit der Kündigung. Zu beachten § 1275 in Verb. mit § 407 Abs. 1 BGB.

der Gläubiger vor der Wahl für seine alternative Forderung Befriedigung aus dem eingebrachten Gute verlangen konnte und bejahendenfalls der Wahl, da ja nach dem Inhalte der Verbindlichkeit eine Entscheidung einmal erfolgen mußte, Wirkung in Ansehung des eingebrachten Gutes schlechthin beilegen müssen.[4])

II. Eine geteilte Beurteilung haben die Fälle erfahren, bei denen auf der Schuldner- oder der Gläubigerseite eine Mehrheit von Personen beteiligt ist. Eine Anzahl Autoren läßt allgemein die Wirksamkeit der Wahl nur mit übereinstimmender Erklärung aller bezw. gegenüber allen eintreten.[5]) Abweichende Meinungen finden sich für das Gesamtschuldverhältnis ausgesprochen. Hier folgern einige in dem Falle, daß ein einzelner Gesamtschuldner wählt, aus § 425 Abs. 1 in Verb. mit §§ 422—424 BGB. die Konzentration des Schuldverhältnisses im Verhältnis zwischen Gläubiger und wählendem Schuldner;[6]) einige lassen sogar eine solche Wahl für und gegen alle Gesamtschuldner wirken, da sich das aus dem Schuldverhältnisse ergebe.[7]) Im Falle der Gläubigermehrheit wollen manche die Erklärung gegenüber einem Gläubiger genügen lassen.[8])

Ich schließe mich der Meinung an, daß die Wirksamkeit der Wahl grundsätzlich übereinstimmende Erklärung aller Schuldner bezw. Erklärung gegenüber allen Gläubigern voraussetzt, sofern nicht der einzelne Erklärende zur Abgabe, der einzelne Erklärungsempfänger zur Entgegennahme von Erklärungen mit Wirkung gegenüber den andern Beteiligten ermächtigt ist. Auch beim Gesamtschuldverhältnis ergibt sich für eine Prävention keinerlei

---

[4]) Praktisch kommt man wohl übrigens zu dem gleichen Ergebnisse schon durch Anwendung des § 1399 Abs. 2 Satz 2 BGB.

[5]) Planck Anm. 4 zu § 263, 2g zu § 425, 12 zu § 429; Oertmann Anm. 3 zu § 263; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 99; F. Leonhard S. 4 ff. (dieser unter Berufung auf die Analogien in §§ 502, 513 BGB.).

[6]) Pescatore S. 207 ff.; ähnlich Staudinger Anm. 3 zu § 263. Natürlich wäre, was Staudinger hervorhebt, Voraussetzung, daß eine solche „subjektive" Konzentration im Willen des Erklärenden liegt.

[7]) Schollmeyer Anm. 3 zu § 263; Dechamps S. 35 f.; Leuchtenberger S. 27.

[8]) Leo S. 32, 47; Pescatore S. 205; Staudinger Anm. 3 zu § 263.

Anhalt im Gesetz.[9]) Zweifeln kann man höchstens, ob die Wahl des einzelnen Gesamtschuldners[10]) diesem gegenüber den Anspruch konzentriert, d. h. ob die Wahl unter die in § 425 Abs. 1 erwähnten „andern Tatsachen" zu zählen ist, oder ob solche Erklärung für sich allein keine Wirkung äußert. Ich möchte mich auch hier für das letztere entscheiden, und zwar aus dem Grunde, weil die subjektive Konzentration dem Zwecke der Wahl, das Schuldverhältnis zu vereinfachen, geradeswegs zuwiderliefe. An Stelle mehrerer gleichmäßig Verpflichteter würden Schuldner mit verschiedener Leistungspflicht treten. Der Gläubiger wüßte so wenig wie vorher, was er erhalten wird; selbst der Schuldner, der gewählt hat, könnte in der Regel trotzdem noch eine andere Leistung bewirken mit dem Bedeuten, daß er diese nicht für sich, sondern für einen andern Schuldner, der noch nicht gewählt hat, bewirke (§ 267 Abs. 1 BGB.).[11]) Haben sich z. B. mehrere gemeinschaftlich durch Vertrag verpflichtet, so würde ich es für unbillig halten, müßte sich der Gläubiger von jedem Schuldner eine andere Wahlerklärung gefallen lassen.

III. Vielfach ist die Frage aufgeworfen worden, ob der Wahlerklärung eine Bedingung zugefügt werden könne. Man hält ganz überwiegend dafür, daß dies dem Zwecke der Wahl, Klarheit in das Schuldverhältnis zu bringen, widerstreitet.[12]) Dem ist beizupflichten, ebenso dem Zusatze Leonhards,[13]) daß alle bedingungsähnlichen Nebenbestimmungen, die den Gläubiger über die Rechtslage im unklaren lassen, gleichfalls unzulässig sind. Natürlich kann der Gläubiger sich mit einer solchen Wahl einverstanden erklären, wodurch sie perfekt wird.[14])

---

[9]) vgl. Staudinger das.

[10]) Gesamtgläubigerschaft kann für die Betrachtung ausscheiden, nicht sowohl wegen der Seltenheit der Fälle, als weil eine Absicht des Schuldners, subjektiv zu wählen, d. h. dem einen Gesamtschuldner so, dem andern so verpflichtet zu werden, praktisch nicht in Frage kommt.

[11]) Pescatore S. 209.

[12]) Leonhard S. 57 ff.; Pescatore S. 199 ff.; Staudinger Anm. 5 zu § 263. Etwas abweichend Bruck S. 127 ff.; Litten S. 153 ff.

[13]) Leonhard a. a. O.

[14]) Staudinger Anm. 5 zu § 263.

2. Die Wirkung der Wahl.

§ 9.

Durch die wirksam vollzogene Wahl verwandelt sich das Schuldverhältnis ipso iure in eine obligatio simplex: die gewählte Leistung bleibt die allein geschuldete, die übrigen Leistungen sind nicht mehr geschuldet. Der Gläubiger kann nur noch die gewählte Leistung fordern, der Schuldner nur noch sie bewirken. Wird diese nunmehr zufolge eines Umstandes unmöglich, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, so wird dieser frei (§ 275 Abs. 1 BGB.). Hierin liegt die wesentlichste praktische Bedeutung der Wahlerkärung. Im übrigen greifen die allgemeinen Haftungsgrundsätze Platz (§§ 280, 276 BGB.).

Das Gesetz sagt aber mehr. Zufolge der Wahl soll nicht nur die gewählte Leistung die allein geschuldete werden, sondern sie soll als die *von Anfang an* allein geschuldete gelten (§ 203 Abs. 2 BGB.). Also eine Rückdatierung der Folgen der Wahl auf den Zeitpunkt der Begründung des Schuldverhältnisses, eine gesetzliche Fiktion des Inhalts, daß nie ein anderes Schuldverhältnis als das konzentrierte bestanden habe. Wir haben schon gesehen,[1]) daß diese Fassung des Gesetzes ein Ausdruck der sogen. resolutiven Pendenztheorie in der Formulierung *Bernsteins* ist. In der 2. Kommission ist der Antrag auf Streichung der Worte[2]) „von Anfang an" gestellt, indessen abgelehnt worden; die Kommission ging davon aus, daß „diese Bestimmung, wenn sie auch aus dem richtig erfaßten Inhalte des Wahlschuldverhältnisses abgeleitet werden könne, doch im Interesse der Deutlichkeit nicht wohl zu entbehren sei, um klarzustellen, daß bei der alternativen Obligation im Unterschiede von der generischen der zu leistende Gegenstand sich von Anfang an in obligatione befindet, was für die Haftung des Schuldners von Bedeutung sei, und daß deshalb die vollzogene Wahl zurückwirke". Daß über das Wesen des alternativen Anspruchs viel gestritten worden ist und noch gestritten wird, haben wir gesehen. Die Rückwirkung der

[1]) Oben § 5 der Diss.

[2]) Zum folgenden vgl. Prot. der 2. Kommission Bd. 1 S. 282.

Wahl ist, wie schon früher Pescatore[3]) unter Zustimmung Windscheids[4]) eingehend dargetan hat, sicher nicht römisches Recht. Es kann aber dahingestellt bleiben, ob es in der Macht des Gesetzgebers steht, durch Aufstellung von bloßen Lehrsätzen in zweifelhaften Fragen die Wissenschaft zu binden; denn wenn, wie hier, der Lehrsatz als positiver Rechtssatz auftritt, dann hat sich jedenfalls der Richter mit ihm und seinen Konsequenzen abzufinden.[5])

Also es soll so angesehen werden, als wenn das Schuldverhältnis als einfaches entstanden wäre. Was die Bedeutung dieses Satzes anlangt, so legt Schollmeyer,[6]) ausgehend von dem utrumque in obligatione, das Schwergewicht auf die negative Seite. Die gewählte Leistung sei von Anfang an geschuldet gewesen, in Ansehung ihrer sage also das Gesetz nichts Neues. Wohl aber sei von Bedeutung, daß festgestellt werde, daß der Schuldner die nicht gewählte Leistung nie geschuldet habe. Hafte der Schuldner für Fahrlässigkeit, so sei nunmehr jede durch seine Schuld herbeigeführte Verschlechterung oder auch der Untergang der nicht gewählten Leistung hinsichtlich seiner Haftpflicht bedeutungslos. Handle es sich z. B. um ein Grundstück und sei zur Sicherung des Anspruchs aus der alternativen Obligation eine Vormerkung im Grundbuche eingetragen, so sei dieselbe mit der Wahl des andern Leistungsgegenstandes bedeutungslos geworden und alle in der Zwischenzeit zwischen der Eintragung der Vormerkung und der Wahl vorgenommenen dinglichen Verfügungen über das Grundstück seien auch dem Vorgemerkten gegenüber rechtsbeständig. — Soweit der Genannte. Ich kann mir aber nicht recht vorstellen, inwiefern für den Ausschluß der Haftung des Schuldners für die nicht gewählte Leistung die Rückbeziehung der Wahl von Bedeutung sein sollte. Kann der Gläubiger auf diese

---

[3]) Pescatore, Die sogen. altern. Obl. S. 137 ff.

[4]) Windscheid Bd. 2 § 255 S. 25 Anm. 6; vgl. hierzu F. Leonhard in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 64.

[5]) Er kann sich nicht mit dem Diktum Pescatores (Wahlschuldverhältnisse S. 217) über ihn hinwegsetzen, § 263 Abs. 2 stelle „eine unzutreffende Behauptung auf, weiter nichts".

[6]) Schollmeyer Anm. 4 zu § 263.

Leistung infolge der Wahl nicht mehr zurückgreifen, so ist im Hinblick auf sie auch jede Haftung des Schuldners von nun an ohne weiteres ausgeschlossen. Und was die Vormerkung anlangt, so ist sie, wie wir gesehen haben,[7]) nicht zur Sicherung eines bestehenden, sondern eines künftigen, aus der alternativen Obligation möglicherweise entstehenden Anspruchs eingetragen worden. Ein auf Übereignung des Grundstücks schlechthin gerichteter Anspruch existierte nicht. Durch die Wahl hat sich lediglich herausgestellt, daß er niemals entstehen wird, und dadurch hat allerdings die Vormerkung nunmehr ihre Bedeutung verloren.

Prinzipiell wesentlicher erscheint mir die Rückwirkung der Wahl hinsichtlich des Anspruchs auf die gewählte Leistung. Diese war allerdings nach der herrschenden Lehre schon vor der Wahl „in obligatione", sie war geschuldet, aber in einer Art geschuldet, daß der Schuldner nach seinem Belieben statt ihrer auch eine andere bewirken und sie sogar durch einfache Erklärung ohne weiteres zu einer nicht geschuldeten machen konnte. Ein Anspruch auf die gewählte Leistung schlechthin bestand nicht, er ist durch die Wahl erst entstanden, und er soll nun als mit Begründung des Schuldverhältnisses entstanden gelten.

Es fragt sich, welche Tragweite das hat. Die erste Frage ist die: Wirkt die Fiktion nur zwischen den Parteien, so daß nur diese untereinander verpflichtet sind, es so zu halten, als ob die gewählte Leistung von Anfang an schlechthin geschuldet gewesen wäre, oder wirkt die Fiktion für und gegen alle, so daß also z. B. früher getroffene Verfügungen über den Anspruch auf die nunmehr gewählte Leistung nach rückwärts dinglich wirksam werden? Wirkt die Fiktion also relativ oder absolut, persönlich oder dinglich? Der Ausdruck im Gesetze könnte auf das letztere schließen lassen, da in ähnlichen Verhältnissen die Relativität ausdrücklich hervorgehoben wird; man vgl. z. B. § 1976 mit § 1991 Abs. 2. Trotzdem halte ich die Bestimmung für relativ,[8]) und

[7]) Oben § 6 der Diss.

[8]) Einen Beleg hierfür kann ich nicht geben, da in der mir zur Verfügung stehenden Literatur die Frage nicht berührt wird. Ich habe aber auch, abgesehen von der oben zitierten Schollmeyers — bei niemand eine Bemerkung gefunden, die auf die gegenteilige Meinung schließen ließe.

zwar hauptsächlich mit Rücksicht auf ihren anerkannt dispositiven Charakter.[9]) Schon aus ihm, aber auch daraus, daß eine rückwirkende Konzentration dem früheren Rechte unbekannt war, erhellt, daß die Rückwirkung nicht zwingend aus dem Wesen der Wahlschuld folgen kann.[10]) Die Annahme einer dinglichen Wirkung ist also auch aus solchem Gesichtspunkte nicht notwendig. Tatsächlich hat man, wie aus dem oben zitierten Kommissionsbericht hervorgeht, nicht an eine solche Wirkung, sondern hauptsächlich an die Haftung des Schuldners, also an das Verhältnis der Parteien gedacht.

Freilich ist auch unter der hiermit gewonnenen Einschränkung die Fiktion noch mit Vorsicht zu nehmen. Pescatore[11]) bringt folgendes Beispiel: Der Gläubiger, der alternativ zu fordern hat, mahnt, verlangt jedoch dabei x schlechthin; der Schuldner weist deshalb die Mahnung zurück und wählt dann doch noch x. Strikte durchgeführt, führe die Fiktion zu dem Ergebnisse, daß nunmehr die Mahnung korrekt gewesen und der Schuldner durch sie in Verzug gekommen sei. Offenbar ist das, wie auch Pescatore hervorhebt, unannehmbar. Eine unkorrekte Mahnung wird nicht durch die Wahl korrekt, eine korrekt auf „x oder y" gestellte Klage wird nicht durch nachträgliche Wahl zu einer inkorrekt erhobenen. „Die Tatsache, daß zwischen den Parteien einmal eine alternative Obligation bestanden hat, ist nicht aus der Welt zu schaffen." [12]) Die Wirksamkeit der vor der Wahl vorgenommenen Rechtshandlungen der Parteien beurteilt sich nach wie vor unter der Voraussetzung der damals existent gewesenen alternativen Forderung.

Wohl aber soll es nach der Wahl unter den Parteien so gehalten werden, als habe der Anspruch von vornherein als einfacher bestanden. Damit ist allerdings, und das ist die scheinbar wesentlichste Bedeutung der Fiktion, klargestellt, daß der Schuldner

---

[9]) vgl. Schollmeyer, Staudinger Anm. 4 zu § 263; Hellwig S. 102; Langheineken S. 193.

[10]) Entsteht etwa keine echte Wahlschuld, wenn die Parteien die Rückbeziehung von vornherein ausschließen?

[11]) Pescatore (von diesem wird nur noch die 1905 erschienene Abhandl. zitiert) S. 215.

[12]) Pescatore S. 214.

nunmehr jedes obligationswidrige Verhalten in Ansehung der gewählten Leistung auch für die Zeit vor der Wahl zu verantworten hat. Hätte es aber dazu der Fiktion bedurft? Muß man nicht sagen, daß der Schuldner durch die Wahlerklärung ohne weiteres die Verantwortung für sein Verhalten bezüglich der gewählten Leistung übernimmt? Das möchte ich unbedingt bejahen.

F. Leonhard[13]) streift die Frage, ob, wenn durch die Wahl die Forderung einer Gegenforderung des Schuldners gleichartig wird, im Falle nunmehriger Aufrechnung die Rückwirkung der Wahl in Betracht kommt dergestalt, daß die beiderseitigen Forderungen möglicherweise als schon vor der Wahl erloschen zu gelten haben (§ 389 BGB.); er hält die Ziehung dieser Konsequenz für bedenklich. Die Frage ist nicht leicht zu beantworten. Trotz der Rückwirkung der Wahl bleibt die Tatsache bestehen, daß die Forderungen erst im Zeitpunkte der Wahl zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind. Den nötigen Aufschluß gibt m. E. die Entstehungsgeschichte des § 389. Nach einer im gemeinen Rechte herrschend gewesenen Anschauung bewirkte das Gegenübertreten der zur Aufrechnung geeigneten Forderungen ipso iure für den Schuldner eine Einrede, und diese Einrede schloß den Zinsenlauf, den Schuldnerverzug sowie den Verfall einer Vertragsstrafe aus.[14]) Mit dieser Auffassung brach der Entwurf, indem er die Wirkungen der Aufrechnung von deren Erklärung abhängig machte, so daß sich vor erfolgter Aufrechnungserklärung die beiderseitigen Forderungen als von der Kompensationslage grundsätzlich unberührt gegenüberstehen.[15]) „Um den Anforderungen des ... Verkehrs zu genügen und mit dem geltenden Rechte in Einklang zu bleiben", sah man sich jedoch genötigt, die Wirkungen der Aufrechnungserklärung auf den Zeitpunkt des Eintritts der Kompensationslage zurückzubeziehen, so daß sich die Verzinslichkeit, der Verzug und der Verfall einer Strafe gleichwohl nach dem Eintritt der letzteren beurteilen.[16]) Hat aber in

[13]) F. Leonhard S. 65.

[14]) vgl. Windscheid Bd. 2 § 349 S. 429 f.

[15]) Mot. Bd. 2 S. 106 f.

[16]) Mot. Bd. 2 S. 109; vgl. hierzu Planck Anm. 2 zu § 389.

unserem Falle der Gläubiger beispielsweise eine Vertragsstrafe fällig werden lassen zu einer Zeit, wo der Schuldner noch nicht gewählt hatte, der Gläubiger also mit der Möglichkeit einer Aufrechnung noch gar nicht rechnen konnte, so entspricht es wohl weder einem praktischen Bedürfnisse noch der Billigkeit, daß der Gläubiger durch die spätere Wahl des Schuldners des eingetretenen Rechtsnachteils sollte überhoben werden. Man kann auch nicht wohl einwenden, daß es hiernach der Schuldner in der Hand habe, durch beliebige Verzögerung der Wahl die Lage des Gläubigers zu verschlechtern; denn der Schuldner ist grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet zu wählen.[17])

Damit schrumpft die praktische Bedeutung der Fiktion im wesentlichen auf die allerdings wohl aus ihr zu ziehende Konsequenz zusammen, daß der Schuldner, der vor der Wahl in Leistungsverzug geraten ist und sodann eine Geldleistung wählt, Verzugszinsen nicht nur für die Zeit von der Wahl, sondern vom Eintritt des Verzugs an zu entrichten hat (§ 288 Abs. 1 BGB.).[18])

3. Die Pflicht und das Recht zu wählen.

§ 10.

I. Man hat gesagt[1]): „An der Beseitigung des Schwebezustandes hat nicht nur der Schuldner, sondern auch der Gläubiger ein Interesse; dieser muß wissen, auf welche Leistung er rechnen kann. Daraus folgt die Verpflichtung des Schuldners, die Wahl in angemessener Zeit vorzunehmen". Hierbei ist weder der Ausgangspunkt in seiner Allgemeinheit zutreffend noch die Schlußfolgerung zwingend. Gibt nicht gerade der Gläubiger, der sich eine oder mehrere Leistungen nach Belieben des Schuldners versprechen läßt, in aller Regel damit zu erkennen, daß es ihm gleich ist, welche der Leistungen er erhält? Und wenn er ein Interesse daran hat, es zu erfahren, folgt daraus allein eine Pflicht des

---

[17]) vgl. § 10 der Diss.

[18]) Analoges ergibt die Anwendung von § 291 BGB.

[1]) Litten S. 126ff.; auch Leo S. 55ff. und Chamizer S. 17ff. nehmen eine „Wahlpflicht" des Schuldners an, ohne jedoch daraus Konsequenzen zu ziehen.

Schuldners, sich zu erklären? Kann er nicht ein gleichwertiges Interesse daran haben, daß ihm die Entscheidung bis zur Erfüllung vorbehalten bleibt?

Die Motive[2]) sprechen es ausdrücklich aus: Eine Verpflichtung des Wahlberechtigten, die Wahl vorzunehmen, besteht nicht. Der Schuldner ist zur Leistung, nicht zu Erklärungen verpflichtet.[3]) Der Gläubiger kann also nur auf Leistung, nicht auf Vollziehung der Wahl klagen.[4])

Selbstverständlich kann aber der Gläubiger, wenn er ein Interesse daran hat, noch vor der Fälligkeit die Entscheidung zu erfahren, sich die Erklärung der Wahl bei Vertragsschluß ausbedingen. Damit erhält er einen selbständigen Anspruch auf die Abgabe der Wahlerklärung in der hierzu bestimmten Frist, und er kann, wenn sie nicht erfolgt, darauf klagen.[5]) Nebenher treten, wenn der Schuldner mit der Abgabe der Erklärung in Verzug kommt, die entsprechenden Wirkungen ein, wie wenn der Schuldner mit einer ihm obliegenden Leistung in Verzug geraten wäre. Der Schuldner hat also insbesondere dem Gläubiger den durch den Wahlvollzug entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 286 Abs. 1 BGB.).[6]) Fraglich kann sein, ob der Gläubiger, wenn für ihn infolge des Wahlvollzugs die Leistung selbst kein Interesse mehr hat, nach § 286 Abs. 2 BGB. unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner mit der Leistung selbst in Verzug gekommen ist. Diese Frage wird von Staudinger[7]) bejaht.

---

[2]) Mot. Bd. 2 S. 8; übereinstimmend Planck, Schollmeyer zu § 264; Pescatore S. 171.

[3]) Pescatore S. 171.

[4]) Das war für den gemeinen Zivilprozeß vielfach bestritten, für den älteren Reichszivilprozeß aber bereits unbestritten; vgl. Levy, Die Zwangsvollstreckung aus disjunktiv-vollstreckbaren Schuldtiteln bei Gruchot Bd. 36 S. 43.

[5]) Übereinstimmend Staudinger Anm. 1 zu § 264; insoweit zutreffend auch Leo S. 55; Chamizer S. 18. Die von Staudinger erwähnten scheinbar widersprechenden Entsch. d. RG. Bd. 8 S. 353 und Bd. 12 S. 184 betreffen die Frage nicht unmittelbar, die von Staudinger gleichfalls erwähnte Entsch. d. RG. bei Gruchot Bd. 47 S. 916 hat eine Wahlschuld überhaupt nicht zum Gegenstande.

[6]) Übereinstimmend Staudinger Anm. 1 zu § 264.

[7]) Staudinger ebenda.

II. Unter welchen Voraussetzungen dem Schuldner das Recht zusteht, zu wählen, d. h. durch Erklärung das Schuldverhältnis auf eine bestimmte Leistung zu beschränken, darüber sagt das Gesetz nichts. Einige tragen Bedenken, es ihm schlechthin einzuräumen, mit Rücksicht auf die durch die Konzentration eintretende Vergrößerung der Gefahr der Erfüllungsvereitelung durch zufällige Ereignisse. Insbesondere hält es F. Leonhard[8]) für ein „dringendes praktisches Bedürfnis", die Wahlbefugnis des Schuldners einzuschränken; sie bei bedingten und betagten Ansprüchen, „wo die Gefahr der Unmöglichkeit wegen der Länge der Zeit besonders groß und daher auch die Sicherung für den Gläubiger besonders wertvoll" sei, prinzipiell auszuschließen, scheint Leonhard nicht nur dringend wünschenswert, sondern auch mit dem Gesetze vereinbar; § 263 BGB. regle nur den Vollzug und die Wirkung der Wahlerklärung, sage aber nichts über ihre Voraussetzungen. Rehbein[9]) glaubt das Ziel auf dem Wege der Vertragsinterpretation zu erreichen: „... Bei der Wahl ist konkret namentlich zu prüfen, ob sie zeitlich dem Vertrage entspricht. Grundsätzlich ist dies nur dann anzunehmen, wenn sie erklärt wird, sobald die Leistung gefordert werden kann und geschuldet wird". Ähnlich äußert sich Enneccerus-Lehmann.[10])

M. E. sind alle derartigen Verallgemeinerungen unhaltbar. Eben weil § 263 nichts über die Voraussetzungen sagt, unter denen der Schuldner solle wählen können, ist anzunehmen, daß er dies ohne besondere Voraussetzungen kann. Was der Gesetzgeber mit der Zulassung des Wahlrechts beabsichtigt hat, sprechen die Motive klar aus: die Beschleunigung der Vereinfachung des Schuldverhältnisses zu fördern. Den mit der alternativen Obligation verbundenen Schwebezustand hat der Gesetzgeber als ein die Klarheit der Rechtslage beeinträchtigendes Moment empfunden, dessen Beseitigung auf einfachem Wege zu erstreben sei. Ob das vom Gesetzgeber vorausgesetzte praktische Bedürfnis hierzu wirklich

---

[8]) F. Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld, in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 24 ff.

[9]) Rehbein Bd. 2 S. 74.

[10]) Enneccerus-Lehmann Bd. 1 § 166 S. 418; vorsichtiger Crome, System Bd. 2 S. 92.

vorhanden ist, kann dahingestellt bleiben. Es genügt, daß der Gesetzgeber es vorausgesetzt hat, und daß unter diesem Gesichtspunkte sich die Zulassung der Wahlbefugnis versteht. Man möchte dem Schuldner vor der Fälligkeit das Wahlrecht versagen, damit der Gläubiger instand gesetzt sei, den Schuldner sofort nach der Wahl in Verzug zu setzen und so die Gefahr des zufälligen Unmöglichwerdens wieder von sich abzuwälzen.[11]) De lege lata ist das ein unerfüllter Wunsch. Und zwar sind es, vom Standpunkte des Gesetzgebers aus, gerade die langfristigen Geschäfte, bei denen wegen des sonst langdauernden Schwebezustandes eine Wahl durch Erklärung in Betracht kommt. Dabei macht es keinerlei Unterschied, ob das Geschäft bedingt oder unbedingt abgeschlossen ist. Es ist doch auch für den Gläubiger kein so großes Unglück, Gläubiger einer obligatio simplex zu sein; diese, und nicht die alternative Obligation, ist das Normale. Schließlich ist die Gefahr kasueller Vereitlung der Leistung im allgemeinen nicht groß, und tritt sie ein, so ist gewöhnlich nicht nur der Gläubiger, sondern auch der Schuldner getroffen (§ 323 Abs. 1 BGB.). Man berücksichtigt zu einseitig die Interessen des Gläubigers und bedenkt nicht, daß für den Schuldner, der doch nur eine Leistung bewirken soll, der lange Schwebezustand eine unbillige Belastung bedeutet. Es ist viel von dem sogen. Versicherungszweck der Wahlschuld geschrieben worden.[12]) Der würde allerdings durch die Wahlerklärung vereitelt. Hält man sich aber an Pescatore,[13]) so ist nur höchst selten einmal die Erhöhung der Sicherheit des Gläubigers das Ziel der Beteiligten bei Begründung eines alternativen Schuldverhältnisses. Gewöhnlich haben sie wohl einen Grund — und zwar in der Regel den, daß der Schuldner sich noch nicht entscheiden kann und der Gläubiger sich nicht vorwiegend für die eine oder die andere Leistung interessiert —, ohne aber mit der Alternative einen bestimmten Zweck zu verbinden. Zutreffend bemerkt schon Ryck[14]): „Es ist nicht eine wesentliche

---

[11]) Leonhard a. a. O.

[12]) Bernstein S. 8ff.; Nanne S. 19ff.; Chamizer S. 28 Anm. 1; Litten S. 68.

[13]) Pescatore S. 294ff.

[14]) Ryck S. 205.

Funktion, sondern nur eine Folgewirkung, wenn bei der alternativen Verpflichtung die Lage des Schuldners insofern eine schwerere ist, als er nicht schon durch kasuellen Untergang des einen Gegenstandes befreit wird".

Gelangt man somit notwendig zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Wahl ohne zeitliche Beschränkung, so steht natürlich im konkreten Falle den Beteiligten nichts im Wege, die Wahlberechtigung zu modifizieren. Der Grund dazu wird allerdings in aller Regel der sein, daß sich der Gläubiger gegen die Gefahr zufälligen Unmöglichwerdens der Leistung schützen will. Ergibt sich diese seine Absicht[15]) aus den Umständen des Falles und mußte der Schuldner sie den Umständen entnehmen, dann wird man auch beim Fehlen ausdrücklicher Abmachung im Wege der Interpretation zum Ausschlusse des Wahlrechts gelangen.[16])

III. Die Motive[17]) bemerken noch, daß das Wahlrecht des Schuldners als eine „Qualität des Schuldverhältnisses" auf den Rechtsnachfolger des Schuldners sowie im Falle der Schuldübernahme auf den Übernehmer übergeht. Bei einer bloßen Erfüllungsübernahme erwirbt, wie die Motive gleichfalls hervorheben, der Dritte nicht ohne weiteres das Recht, durch eine Wahlerklärung den Schuldner zu einer bestimmten Leistung zu verpflichten.

Viertes Kapitel.

Die Erfüllung.

1. Erfüllung als Wahlvollzug?

§ 11.

I. Das Schuldverhältnis erlischt, wenn eine der geschuldeten Leistungen an den Gläubiger bewirkt wird (§ 362 Abs. 1 BGB.). Hierfür gelten die allgemeinen Grundsätze über die Erfüllung,

---

[15]) Bezw. beim alternativen Vermächtnisse die entsprechende Absicht des Erblassers.

[16]) Wie hier im Ergebnis Planck Bem. 2 zu § 263; Staudinger Bem. 1 zu § 263 und Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 98.

[17]) Mot. Bd. 2 S. 6 f.

und es bieten sich auf den ersten Blick keinerlei Besonderheiten. Trotzdem müssen wir auf diesen Gegenstand etwas näher eingehen, weil sich über das Wesen der Erfüllung der Wahlschuld widersprechende und teilweise recht eigenartige Ansichten ausgesprochen finden.

Vielfach begegnet man noch in der neueren Literatur dem Satze: Die Wahlschuld als solche sei nicht erfüllbar, sie werde tilgungsfähig erst durch ihre Vereinfachung auf eine der geschuldeten Leistungen.[1]) Wenn auch nicht notwendig zeitlich, so doch begrifflich, logisch setze die Erfüllung die Konzentration voraus.[2]) Läßt sich schon über die Richtigkeit dieses Gedankens streiten, da dasjenige, was hier als „begriffliche Voraussetzung" der Erfüllung hingestellt wird, wohl vielmehr deren Folge ist,[3]) so könnte man doch darüber hinweggehen, wenn nicht die genannten Autoren aus ihrer These positive Folgerungen zögen. Die Konzentration des Schuldverhältnisses, sagt man sich, tritt ein durch die Wahlerklärung des Schuldners. Stammler fährt fort: „... Und darum liegt in der Erfüllung einer alternativen Obligation bloß deshalb und nur insoweit eine Konzentration, als in der Vornahme ... der Leistung zugleich die entsprechende Beschränkungserklärung des wahlberechtigten Teiles gelegen ist".[4]) Ähnlich äußert sich Litten: „Die Leistung vermag nicht als solche, sondern nur als Wahlerklärung die Wahlschuld zu konzentrieren".[5]) Daraus folgert dann Litten[6]): Es sei nun denkbar, daß die Leistung nicht an den Gläubiger, sondern an einen Dritten zu bewirken sei; hier enthalte die Leistung keine Wahl, sie bewirke keine Konzentration, folglich könne der Schuldner noch kondizieren; nur sei zu prüfen, ob nicht der Dritte berechtigt gewesen sei, den Gläubiger in der Empfangnahme der Wahlerklärung zu vertreten.

Schon das Ergebnis muß uns überzeugen, daß wir auf Ab-

---

[1]) Stammler S. 136; Marcus S. 19; Leuchtenberger S. 9; Chamizer S. 12 f.; Litten S. 122 ff.

[2]) Litten S. 122; ähnlich Stammler S. 136.

[3]) vgl. Windscheid Bd. 2 § 255 S. 25.

[4]) Stammler S. 136.

[5]) Litten a. a. O. S. 164 f.

[6]) Litten S. 165.

wege geraten sind. Wie soll hier der Gläubiger zu seinem Rechte, wie soll der Schwebezustand zur Ruhe kommen, wenn der Schuldner nicht zu bewegen ist, eine Erklärung abzugeben? Auf Leistung kann der Gläubiger nicht mehr klagen, denn diese ist erfolgt, und seiner Klage auf Wahlvollzug könnte der Schuldner die plausible Einwendung entgegensetzen, daß er wohl zur Leistung, aber nicht zur Abgabe einer Wahlerklärung verpflichtet sei.

Hier sieht man, wie ein schiefer Gedanke, durchgeführt, zu unrichtigen Konsequenzen führt. Das Gesetz erleichtert die Vereinfachung des Schuldverhältnisses, indem es an die bloße Wahlerklärung konzentrierende Wirkung knüpft. Ein Zugehen an den Gläubiger mußte hierfür ohne Rücksicht auf den Charakter der zu bewirkenden Leistung erfordert werden. Ist damit ausgesprochen, daß nun überhaupt jede endgültige Entscheidung der Alternative von dieser Voraussetzung abhängig sei? Über die Erfüllung der Wahlschuld sagt das Gesetz nichts. Ihre Erfordernisse sind daher keine andern als bei jeder Obligation: Bewirkung einer dem Obligationsinhalte entsprechenden Leistung an den Gläubiger zum Zwecke der Erfüllung. Und auch ihre Folgen sind die gleichen wie überall: Erlöschen des Forderungsrechts ipso iure. Damit ist jede weitere „Pendenz" und damit jede weitere Konzentrationsmöglichkeit schlechthin ausgeschlossen. Diese „Konzentration"[7] ist aber die Folge der Erfüllung, nicht ihre „logische Voraussetzung".

Die Erfüllung bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht der Requisiten einer Wahlerklärung.[8] Enthält sie sie, so ist gleichwohl die endgültige Entscheidung der Alternative die Folge der Erfüllung, nicht eines ihr zu subintelligierenden selbständigen Rechtsgeschäfts der Wahl, das als solches dem früheren Rechte unbekannt war und dessen Möglichkeit auch heute kein wesentliches Erfordernis der Wahlobligation bildet. Wie sollte sonst die Obligation zu

---

[7]) Windscheid spricht ausdrücklich auch in diesem Falle von „Konzentration" (Bd. 2 § 255 S. 25).

[8]) Eine konsequente Durchführung dieses Gedankens findet sich m. W. nur bei Pescatore S. 168 ff. Der Genannte bringt (S. 187 ff.) verschiedene Beispiele, wo der Schuldner, ohne sich überhaupt für eine bestimmte der Leistungen entschieden zu haben, erfüllt. Übereinstimmend u. a. auch Crome, System Bd. 2 S. 95 ff.

ihrem Ziele gelangen, wenn die Möglichkeit der Konzentration durch Erklärung vertragsmäßig ausgeschlossen wäre?

Daraus ergibt sich sofort die weitere Konsequenz: Hat im konkreten Falle der Schuldner geleistet, ohne sein Recht zu „wählen", d. h. hier „sich zu entscheiden", ausgeübt zu haben, so kann er den eingetretenen Erfolg nur nach den allgemeinen Grundsätzen wegen eines Mangels der Erfüllung oder des Leistungsgeschäfts, aber niemals wegen eines Mangels der Wahlerklärung rückgängig machen.[9])

Aus dem gewonnenen Prinzip ergibt sich einwandfrei, daß nicht nur jeder Gesamtschuldner mit Wirkung für die übrigen Gesamtschuldner (§ 422 Abs. 1 BGB.), sondern auch jeder Dritte nach § 267 mit Wirkung für den Schuldner erfüllen kann.[10])

II. Nach der resoluten Pendenztheorie gilt die gewählte — und zwar, da das frühere Recht die Wahl durch Erklärung nicht kannte, die bei der Erfüllung gewählte — Leistung als die von Anfang an allein geschuldete. Es fragt sich: hat dieses Prinzip, auf dessen Boden ja die Redaktoren standen, im Gesetz Ausdruck gefunden? Ich meine nicht, wenn man auch die Worte „die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete" (§ 263 Abs. 2 BGB.), für sich betrachtet, auch auf die Erfüllung beziehen könnte. Aber der Zusammenhang mit Abs. 1 l. cit. ergibt, daß nur an das Rechtsgeschäft der Wahl, die Wahl durch Erklärung, gedacht ist. Eine Rückbeziehung der durch die Erfüllung eintretenden Konzentration wäre auch nicht durchführbar, da beispielsweise der Dritte, der den Schuldner nach § 267 BGB. liberiert, dessen Rechtsbeziehungen nicht rückwirkend beeinflussen kann. Eine Ausdehnung der Fiktion ist überdies entbehrlich, da es selbstverständlich ist, daß der leistende Schuldner die Garantie für diese Leistung im Sinne des Schuldverhältnisses

---

[9]) Über Leistung in Unkenntnis des Wahlrechts vgl. den folgenden Paragraphen der Diss. Anfechtung des Leistungsgeschäfts kommt in Betracht, wenn der Schuldner, nachdem er sich für x entschieden, in der Meinung, dieses zu leisten, irrtümlich y leistet.

[10]) Übereinstimmend Pescatore S. 183, 171.

übernimmt.[11]) Schließlich ist die ganze Frage ohne wesentliche praktische Bedeutung, denn es schrumpfen, wie wir gesehen haben, die praktischen Konsequenzen der Rückwirkung der Wahlerklärung bei näherer Betrachtung auf ein Minimum zusammen.[12])

2. Leistung in Unkenntnis des Wahlrechts.

§ 12.

I. Besonderer Betrachtung bedarf der Fall, daß der Schuldner eine der Leistungen vollzieht, ohne zu wissen, daß ihm ein Wahlrecht zusteht, also in dem irrigen Glauben, er sei zur Bewirkung dieser Leistung schlechthin verpflichtet. Dieser Fall kann sich z. B. ereignen, wenn der Erbe über den Geschäftsabschluß des Erblassers falsch unterrichtet ist. Daß dem Schuldner hier zur Kondiktion verholfen werden müsse, findet sich schon im gemeinen Recht ausgesprochen,[1]) und in der Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch herrscht darüber allseitiges Einverständnis. Auch hier legt man, und zwar ganz allgemein, sichtlich beeinflußt von den Motiven,[2]) das Schwergewicht auf die durch die Leistung vollzogene Wahl; man ist darüber einig, daß die Wahlerklärung unwirksam sei,

---

[11]) Es ist derselbe Gedanke, den schon Chesius (c. 50 § 65) wie folgt ausgedrückt hat: „non utrumque, sed alterutrum debetur, itaque dum alterutrum solvitur, apparet id solvi quod debetur, nec tamen opus est id quod solvitur retro fingi in obligatione fuisse".

[12]) Wie hier anscheinend Staudinger Vorbem. 5 zu §§ 262 ff. Daß der morose Schuldner, wenn er die Geldleistung durch Erklärung „wählt", Zinsen vom Verzuge an entrichten muß (§ 10 der Diss. am Ende), dagegen nicht, wenn er sie, ohne erst zu wählen, bewirkt, mag als ein aus der Rückwirkung der Wahl sich ergebendes Kuriosum dastehen, das Prinzip erschüttert es nicht. Der 1. Entw. enthielt übrigens in § 208 Abs. 2 — § 208 Abs. 1 entsprach dem jetzigen § 263 Abs. 1 — den Passus: „Die Wahl gilt auch dann als vollzogen, wenn der wahlberechtigte Schuldner eine der Leistungen . . . bewirkt", was gegen unsere ganze Anschauung zu sprechen scheint. Der Passus wurde, wie die Prot. (Bd. 1 S. 282) der 2. Kommission berichten, weil man ihn für selbstverständlich und überdies in dem Sinne mißverständlich hielt, daß auch die Leistung in Unkenntnis des Wahlrechts als Wahlvollzug gelten sollte, gestrichen. Tatsächlich wäre die Bestimmung nur geeignet gewesen, Unklarheit zu stiften.

[1]) vgl. z. B. Ryck S. 236.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 7.

daß daher der Schuldner einen der nicht geleisteten Gegenstände noch wählen und nach vollzogener Wahl den geleisteten als nicht geschuldet kondizieren könne. Nur über die Art der Unwirksamkeit der Wahlerklärung besteht Differenz; die einen halten sie schlechthin für nichtig,[3]) andere meinen, daß der Schuldner sie durch Anfechtung aus dem Wege räumen müsse, wenn der Gläubiger den Irrtum des Schuldners nicht gekannt habe,[4]) während eine dritte Gruppe die Anfechtung in allen Fällen für notwendig erachtet.[5]) Eine besondere Behandlung findet sich bei Pescatore.[6])

Mir scheint es, daß man auch hier den Kern der Sache nicht trifft, indem man es lediglich auf die äußerlich vollzogene Wahlerklärung abstellt. Man sollte immer bedenken, daß auch heute die Konzentrationswirkung der Wahlerklärung, des „Wahlvollzugs" als solchen, nicht zwingenden Rechts, daß sie nicht Wesensmerkmal der Wahlschuld ist. Wie will man zum Ziele gelangen, wenn sie vertragsmäßig ausgeschlossen ist? Der Schuldner hat nicht irrtümlich gewählt, er hat irrtümlich geleistet. Entweder die Erfüllung ist perfekt, dann ist das Schuldverhältnis erloschen und der Schuldner kann keinesfalls durch eine nachträgliche Wahlerklärung die bewirkte Leistung zur nicht geschuldeten machen. Oder sie ist nicht perfekt, dann besteht das Schuldverhältnis weiter, und zwar grundsätzlich so, wie es bestanden hat: alternativ.

Der Schwerpunkt der Frage liegt also auf dem Rechtsgebiete der Erfüllung und der Kondiktionen, unter welchen Gesichtspunkten sie richtig von Ryck[7]) und in der Literatur zum Bürgerlichen

---

[3]) Oertmann Anm. 5 zu § 263; Leuchtenberger S. 29ff.; Schollmeyer Anm. 1 zu § 263; Langheineken S. 198; Endemann Bd. 1 § 118 Note 11; Crome Bd. 2 S. 96.

[4]) Leonhard in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 5; Enneccerus-Lehmann Bd. 1 § 165 S. 418; Litten S. 148ff.; Staudinger Anm. 6 zu § 263. Einer „stillschweigenden Willenserklärung", die dem Gläubiger nicht als solche erscheint und der ein wirklicher Wille nicht zugrunde liegt, fehlen allerdings alle Requisite einer Willenserklärung.

[5]) Neumann, Komm. Anm. 3 zu § 263; Leo S. 50f.; Planck Anm. 3 zu § 263.

[6]) Pescatore S. 186ff.

[7]) Ryck S. 236.

Gesetzbuch nur von Dernburg[8]) und Kipp[8a]) — beiderseits übrigens mit dem Ergebnisse der Zulässigkeit der Kondiktion — behandelt wird.

Es kommt alles darauf an. Entweder man sagt: Der Schuldner hat geleistet in der Absicht, ein bestimmtes konkretes Schuldverhältnis zu erfüllen, der Gläubiger hat erhalten, was er fordern konnte, der Schuldner ist liberiert — dann ist das Schuldverhältnis erloschen, und eine etwaige spätere Wahlerklärung muß ohne Bedeutung sein. Oder man sagt: Der Schuldner hat allerdings in Solutionsabsicht geleistet, das Schuldverhältnis aber, das er erfüllen wollte, war ein anderes als das wirklich bestehende, er wollte einer vermeintlichen einfachen, nicht der in Wahrheit bestehenden alternativen Verpflichtung genügen,[8b]) die causa des Leistungsgeschäfts bestand so, wie angenommen, nicht, der Solutionszweck wurde nicht in der vorgestellten Weise erreicht — dann ist der Gläubiger ohne rechtlichen Grund bereichert.

Sagt man aber: Ob wirksam erfüllt oder nicht, jedenfalls hat der Schuldner das Wahlrecht noch nicht ausgeübt, und das kann er noch nachträglich ausüben —, so kommt sofort Unklarheit herein.

Der Fall ist rechtlich genau derselbe, wie wenn der Genusschuldner in der irrtümlichen Annahme einer Speziesschuld die (unter das Genus fallende) Spezies leistet. Auch hier ist eine zur Erfüllung taugliche Leistung bewirkt, nur in der Annahme einer andersgearteten Verpflichtung. In diesem Falle nun hat die römische Jurisprudenz dem Schuldner die Kondiktion gegeben.[9]) Im gemeinen Rechte wurde dann allgemein für die condictio

---

[8]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 100.

[8a]) Kipp bei Windscheid Bd. 2 § 255 Zusatz 5a S. 33.

[8b]) Ebenso Ryck S. 236; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 S. 100.

[9]) Julianus l. 32 § 3 D. de cond. indebiti (12, 6): „Qui hominem generalitre promisit, similis est ei qui hominem aut decem debet; et ideo, si, cum existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit". Über die für die alternative Obligation scheinbar abweichende Entscheidung des Celsus in l. 19 D. de legatis II (31) vgl. Vangerow Bd. 2 § 549 a. E.; Bernstein S. 61; Pescatore, Die sogen. altern. Obl. S. 168.

indebiti dem Falle des Nichtbestehens der Verbindlichkeit der Fall gleichgestellt, wo die Verbindlichkeit mit einem andern als dem angenommenen Leistungsinhalte bestand.[10]) Das Kondiktionenrecht ist in seinen Grundzügen durch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht geändert; insbesondere umfaßt sein § 812 im wesentlichen alle Fälle der condictio indebiti.[11]) Man wird also mit Kipp und Gen. auch vom Standpunkte des Bürgerlichen Gesetzbuches unseren Fall unbedenklich dahin entscheiden, daß der Gläubiger auf Kosten des Schuldners ohne rechtlichen Grund bereichert ist.

Ganz einfach ist allerdings die Vorstellung nicht, daß das alternative Schuldverhältnis trotz der tauglichen Leistung fortbestehen, daß der Schuldner nicht schlechterdings liberiert sein soll. Sie wird besonders schwierig dann, wenn der Anspruch auf Spezies leistungen ging; hier kann die Schuld in ihrer alten Gestalt jedenfalls nicht fortleben, sie hat sich durch die Leistung verändert, denkbar dergestalt, daß der Schuldner verpflichtet ist, entweder die noch nicht vollzogene Leistung zu bewirken oder zu erklären, daß die vollzogene als Erfüllung gelten solle.[12]) Letztere Erklärung enthält dann gleichzeitig die Erfüllung.[13]) In der Praxis wird natürlich der Schuldner, wenn er den Irrtum erfährt und die Leistung doch gelten lassen will, eine Erklärung gar nicht abgeben; weiß der Gläubiger nichts von dem Irrtum, dann hat er auch keinen Anlaß, eine solche zu veranlassen, und die Sache ist erledigt. Erfährt er aber den Irrtum des Schuldners, dann hat er ein Interesse daran und einen Anspruch darauf, daß der Schuldner sich in der genannten Weise erkläre oder noch leiste.

---

[10]) vgl. Windscheid Bd. 2 § 426 S. 836, wo obige Entscheidung des Julianus zitiert ist.

[11]) vgl. Planck Vorbem. III zu §§ 812ff., Bem. 2 zu § 813; Staudinger Bem. 4 zu § 812.

[12]) Nicht etwa ist durch die Unmöglichkeit die Obligation auf die andere Leistung konzentriert; das widerspräche dem Sinne der Alternative. Einem ähnlichen Fortbestehen des alternativen Anspruchs in veränderter Gestalt werden wir in dem Falle begegnen, wo die Leistung durch ein Verschulden des Gläubigers unmöglich wird (§ 16 sub II, 2 der Diss.).

[13]) Vorstehender etwas komplizierter Gedankengang wird übrigens nicht etwa durch die übliche, scheinbar spielend einfache Lösung des Falles erspart. Auch bei

Die sich für den Gläubiger ergebenden Härten werden wesentlich dadurch gemildert, daß er nur soweit das Empfangene herauszugeben hat, als er noch dadurch bereichert ist (§ 818 Abs. 3 BGB.). Er erhält dadurch eine Entschädigung ähnlich dem Ersatze für das negative Vertragsinteresse.[14]) Diese Minderung des Erstattungsobjekts wird den Schuldner in den meisten Fällen von der Kondiktion abhalten, auch wird deren Durchführung nicht selten an der Schwierigkeit des Irrtumsbeweises scheitern, so daß der ganzen Frage mehr theoretische als praktische Bedeutung zukommt.

II. Schließlich pflegt noch der Fall erwähnt zu werden, daß der Schuldner in der irrtümlichen Meinung, beide Leistungen zu schulden, beide bewirkt. Schon die römischen Juristen waren sich darüber einig, daß hier der Schuldner kondizieren könne; doch wollten die einen nur eine alternative Kondiktion zulassen, weil man von keiner Leistung sagen könne, daß gerade sie indebite geleistet sei, während die andern den Schuldner wählen ließen, weil dieser ebensowenig nötig hatte, gerade die eine wie gerade die andere zu bewirken.[15]) Später hat man einmal deduziert, die Parteirollen seien gegen früher vertauscht, der alte Gläubiger habe als jetziger Schuldner das Wahlrecht.[16]) Jetzt ist man sich einig, daß der alte Schuldner wählen könne, wobei man wieder einfach sagt, der Schuldner habe die Wahl noch nicht vollzogen, er könne es noch tun und dadurch nachträglich die Konzentration herbeiführen.

Der Fall wird sich nicht häufig ereignen. Daß der Schuldner

---

ihr müßte man mit einem Fortbestehen der alternativen Obligation operieren; denn daß sie erloschen wäre und doch noch nicht konzentriert, doch noch alternativ, das wäre ein Widerspruch in sich selbst.

[14]) Übereinstimmend Kipp Zusatz 5a zu § 255; vgl. die Bemerkungen Plancks 2d zu § 818; Planck Bem. 3 zu § 263 und Kipp a. a. O. geben dem Gläubiger, wenn der Schuldner noch anders wählt, ein Zurückbehaltungsrecht bis zur anderweiten Erfüllung.

[15]) vgl. den Bericht Justinians über die Kontroverse in l. 10 C. de cond. ind. (4, 5).

[16]) Hertius vol. I Tom. 3.

ein Zuviel geleistet hat, also kondizieren kann, ist klar. Im übrigen ergibt sich die Entscheidung ungezwungen aus der Erwägung, daß nicht richtig erfüllt ist, das alte Schuldverhältnis also, allerdings in veränderter Gestalt, fortbesteht.[17])

Viertes Kapitel.

Die Unmöglichkeit der Leistung.

Einleitende Bemerkung.

§ 13.

Über den Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung auf die Gestaltung der Wahlschuld enthält das Bürgerliche Gesetzbuch in § 265 besondere Bestimmungen folgenden Inhalts:

> „Ist eine Leistung von Anfang an unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat".

Diese Normierung beruht, soweit sie die Wahlschuld mit Schuldnerwahlrecht betrifft,[1]) auf dem — von der Auffassung des preuß. allgem. Landrechts[2]) abweichenden, mit der des gemeinen Rechts übereinstimmenden — Grundprinzipe, daß weder die Entstehung noch der Fortbestand der Obligation von der Möglichkeit einer Wahl des Schuldners abhängen soll; wenn und solange der Effekt „die eine oder die andere Leistung" erreichbar ist, soll die Verpflichtung bestehen.[3]) Die Bestimmungen sind, wie die Motive[3]) ausdrücklich hervorheben, dispositiv.

---

[17]) Julianus — in l. 32 pr. D. de cond. ind. (12, 6) — hebt zum Überflusse hervor, daß die Kondiktion entfällt, wenn der eine der beiden Gegenstände in der Hand des Gläubigers kasuell untergeht.

[1]) Sie betrifft gleichermaßen die mit Gläubigerwahlrecht, die für unsere Betrachtung natürlich ausscheidet.

[2]) Preuß. ALR. I, 11 §§ 33—35.

[3]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 9.

Durch die Anwendung dieser Bestimmungen in Verbindung mit den allgemeinen Grundsätzen über die Unmöglichkeit der Leistung ergeben sich mannigfache Kombinationen, die ein näheres Eingehen auf die etwas spröde Materie nötig machen.

1. Die anfängliche Unmöglichkeit.

§ 14.

I. Leicht ist der Fall abzutun, daß sämtliche in das Schuldverhältnis eingeführten Leistungen bei dessen Begründung unmöglich sind. Hier greifen die allgemeinen Grundsätze der §§ 306, 307, 308, 2171 Platz.[1]) Besonderheiten ergeben sich hierbei nicht. Nur wird, wenn der Schuldner nur die Unmöglichkeit einer Leistung kannte oder kennen mußte, § 307 Abs. 1 kaum anzuwenden sein, da ja der Schuldner nicht wohl auf die Möglichkeit gerade einer bestimmten Leistung vertrauen konnte.[2])

II. Ist nur eine der Leistungen unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen; richtiger: es entsteht als ein auf die übrigen beschränktes.[3]) Es ist logisch, daß der Schuldner, der „eine von mehreren Leistungen" verspricht, verpflichtet wird, wenn er hierzu imstande ist, d. h. wenn nur eine von ihnen möglich ist, daß seine Verpflichtung nicht davon abhängt, daß er sämtliche Leistungen bewirken kann. In aller Regel wird das den Absichten der Parteien und der Billigkeit entsprechen. Hat der Schuldner ein wesentliches Interesse daran, einen der Gegenstände zu behalten, so wird er in dem Gläubiger erkennbarer Weise seine Verpflichtung davon abhängig machen müssen, daß beide Leistungen möglich sind. Bei letztwilligen Verfügungen wird

---

[1]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 9.

[2]) Übereinstimmend Kleineidam S. 43; a. M. Pescatore S. 254; Litten S. 218. Dagegen steht im umgekehrten Falle der Annahme einer Ersatzpflicht des Gläubigers nichts im Wege.

[3]) Der ungenaue Ausdruck des Gesetzes erklärt sich daraus, daß die Folgen der ursprünglichen und der nachträglichen Unmöglichkeit in einem Satze behandelt werden (Pescatore S. 252).

in ähnlichen Fällen die freie Auslegung des Zuwendungswillens helfen.[4])

Die Vorschriften des § 307 Abs. 1 sind hier ausdrücklich für anwendbar erklärt (§ 307 Abs. 2 BGB.). Das ist zunächst im Falle des Kennens bezw. Kennenmüssens des Gläubigers von Bedeutung, da der Schuldner sich darauf verlassen darf, daß er wählen kann.[5]) Kannte der Schuldner die Unmöglichkeit, so kommt zunächst eine Ersatzpflicht nicht in Frage, da ja der Gläubiger die andere Leistung erhält und von vornherein damit rechnen mußte, sie zu erhalten. Höchstens kann sich fragen, ob die Ersatzpflicht des Schuldners eintritt, wenn der Gläubiger durch ein späteres von keiner Partei zu vertretendes Ereignis auch um die andere Leistung gebracht wird. Litten[6]) bejaht die Frage, weil der Gläubiger „an sich darauf hätte rechnen dürfen, wenn die zunächst mögliche Leistung unmöglich wurde, die andere zu erhalten"; übereinstimmend äußert sich Pescatore.[7]) Mir scheint das etwas weitgehend, doch entspricht es anscheinend der Absicht des Gesetzgebers.

Eines näheren Eingehens bedarf der Fall, daß von den mehreren — sagen wir der Einfachheit halber zwei — in das Schuldverhältnis eingeführten Leistungen die eine teilweise unmöglich war. Über die Behandlung dieses Falles gehen die Ansichten stark auseinander. Planck[8]) verwirft jede Gleichstellung mit der vollständigen Unmöglichkeit, da sie „der Natur der Sache und dem vom Bürgerlichen Gesetzbuch in betreff der Behandlung der teilweisen Unmöglichkeit sonst eingenommenen Standpunkt widerspräche"; das Wahlrecht des Schuldners werde also durch die teilweise Unmöglichkeit nicht berührt. Im gleichen Sinne äußern sich Schollmeyer[9]) und Kisch.[10]) Den entgegengesetzten

---

[4]) Die strikte Anwendung von § 265 könnte z. B. zur Härte führen, wenn der Erblasser „ein Stück seiner Münzdublette" vermacht hat und sich herausstellt, daß beim Erbfalle nur noch ein Stück vorhanden war (Litten S. 217, 198 f.).

[5]) Übereinstimmend Litten S. 219; Pescatore S. 254.

[6]) Litten S. 218.

[7]) Pescatore S. 253.

[8]) Planck Bem. 5 zu § 265.

[9]) Schollmeyer Bem. II, 2 zu § 265.

Standpunkt nehmen Leuchtenberger,[11]) Titze[12]) und Litten[13]) ein, die eine Leistung, die nicht in der vertragsmäßigen Weise prästierbar sei, für nicht wählbar halten und demgemäß eine Konzentration wie bei der vollständigen Unmöglichkeit eintreten lassen; im Ergebnisse schließt sich den Genannten Staudinger[14]) an. Eine besondere Behandlung erfährt der Fall durch Kleineidam[15]) und Pescatore.[16]) Diese betrachten die teilweise unmögliche Leistung zunächst gesondert unter dem Gesichtspunkte von § 139 BGB.[17]) und entscheiden sich, je nachdem anzunehmen sei, daß diese Leistung trotz ihrer teilweisen Unmöglichkeit in das Schuldverhältnis aufgenommen worden wäre oder nicht, gegen oder für die Beschränkung nach § 265. Pescatore ist der Meinung, daß unter diesem Gesichtspunkte das teilweise unmögliche Glied der Alternative nur ausnahmsweise in Betracht komme. Übrigens will Pescatore auch nach der Konzentration, wenn dann die andere Leistung völlig unmöglich werde, den Schuldner noch für die zuerst teilweise unmöglich gewordene Leistung haften lassen.

Es ist nun soviel klar, daß § 139 BGB. nicht unmittelbar eingreift. Er entscheidet die Frage, ob die Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts dessen völlige Nichtigkeit zur Folge hat; hier kann es sich höchstens darum handeln, ob ein bestimmter Teil einer rechtsgeschäftlichen Bestimmung als solcher deshalb ausscheidet, weil ein Unterteil derselben keine Wirksamkeit erlangt hat.

---

[10]) Kisch S. 227. Dieser fügt hinzu, eine andere Behandlung müsse nur Platz greifen, wenn die Leistung so geartet sei, daß ihre unvollständige Bewirkung auch nicht einmal als teilweise Erfüllung gelten könnte, wie dies namentlich bei der unteilbaren Leistung der Fall sei. Allein dieser Fall scheidet für die Betrachtung aus, da er nicht eine teilweise, sondern eine vollständige Unmöglichkeit betrifft.

[11]) Leuchtenberger S. 47.

[12]) Titze S. 43 Anm. 14 S. 198 f.

[13]) Litten S. 209 ff.

[14]) Staudinger Bem. V zu § 265.

[15]) Kleineidam S. 27 ff.

[16]) Pescatore S. 258.

[17]) „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde".

Das schließt jedoch eine analoge Anwendung des § 139 nicht aus. Ist sie zulässig, und das scheint mir zweifelsfrei, dann ist aber auch das von Kleineidam und Pescatore eingeschlagene Verfahren das allein angemessene. Es muß Pescatore beigepflichtet werden, daß die Annahme, die Parteien hätten auch bei Kenntnis der teilweisen Unmöglichkeit der einen Leistung die Verpflichtung in der geschehenen Weise alternativ begründet, nur ausnahmsweise zutreffen wird; denn die „vernünftigerweise bei jedem alternativen Schuldverhältnisse im allgemeinen vorauszusetzende Äquivalenz der Leistungen“ [18]) wird man zufolge der teilweisen Unmöglichkeit in der Regel vermissen.

Bei dieser auf den ersten Blick befriedigenden Lösung bleibt freilich die von Pescatore bemerkte Mißlichkeit, daß, falls die vollständig mögliche Leistung später unmöglich wird, bei strenger Anwendung des § 265 BGB. der Schuldner unter Umständen frei wird, obwohl er noch eine Leistung wenigstens teilweise bewirken könnte. Bei gegenseitigen Verträgen entfällt zwar die Unbilligkeit, weil hier der Gläubiger von der Verpflichtung zur Gegenleistung frei wird (§ 323 Abs. 1 BGB.); dagegen verbleibt bei Einseitigkeit der Verpflichtung eine große Härte. Hier kann nur freie Willensauslegung helfen, durch die man möglicherweise zu dem von Pescatore gewünschten Resultate gelangt.

2. Die nachträglich eintretende Unmöglichkeit.

§ 15.

I. Einer nur kurzen Erörterung bedürfen die Fälle, daß die sämtlichen Leistungen gleichzeitig unmöglich werden.[1]) Hier greifen die allgemeinen Grundsätze der §§ 275, 280 f., 323 ff. BGB. Platz. Erwirbt der Schuldner stellvertretende Commoda, so erlangt also der Gläubiger einen alternativen Anspruch auf diese (§ 281 Abs. 1 BGB.). Kisch,[2]) der hierin übereinstimmt, will den Schuldner auch dann wählen lassen, wenn er nur für eine Leistung ein

---

[18]) Kleineidam S. 28.

[1]) Man denke z. B. an eine Brandkatastrophe.

[2]) Kisch S. 227.

stellvertretendes Commodum erlangt hat. Ich halte das in dem Falle, daß der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, für ein unbilliges Ergebnis; der Schuldner könnte hier wählen, ob er das Commodum prästieren oder frei sein wolle. Deshalb wäre ich geneigt, hier eine Beschränkung analog § 265 eintreten zu lassen.[3])

Hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten, so hat er nach seiner Wahl dem Gläubiger dessen positives Erfüllungsinteresse an der einen oder an der anderen Leistung zu ersetzen.[4]) Handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag und sind die Leistungen infolge eines Umstandes unmöglich geworden, den der Gläubiger zu vertreten hat, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung nach Maßgabe § 324 Abs. 1 BGB.; war dabei für die einzelnen Leistungen die Gegenleistung des Gläubigers verschieden bestimmt, so behält natürlich der Schuldner das ihm als Gläubiger zustehende Wahlrecht.[5])

II. Wichtiger sind die Fälle, wo nur eine der Leistungen unmöglich wird. Hier treten prinzipiell verschiedene Wirkungen ein, je nachdem der Gläubiger den für die Unmöglichkeit kausalen Umstand zu vertreten hat oder nicht. Da der Gläubiger als solcher dem Schuldner nicht verpflichtet, ihm nicht verantwortlich ist für das Möglichbleiben der Leistung, so kommt im wesentlichen nur eine außerkontraktliche Vertretungspflicht des Gläubigers nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen in Frage.[6])

1. Hat — was natürlich überwiegend der Fall sein wird — der Gläubiger den Umstand nicht zu vertreten, der das Unmöglichwerden herbeigeführt hat, so beschränkt sich das Schuldver-

---

[3]) Vers. Meinung anscheinend Pescatore S. 240 Anm. 6.

[4]) Übereinstimmend Planck Anm. 4a zu § 265; Titze S. 205.

[5]) Bei Kisch S. 233 f. und Litten S. 213 ff. findet sich noch eine Erörterung der Kombinationen vom Schuldner zu vertretender mit vom Gläubiger zu vertretender, bezw. kausaler mit von einer Partei zu vertretender Unmöglichkeit. Da bei gleichzeitigem Untergang solche Kombinationen praktisch schwerlich in Frage kommen, können wir uns ein Eingehen hierauf ersparen.

[6]) Das ist die durchgängige Meinung aller Verfasser; vgl. auch die Bemerkungen Plancks 1a zu § 324.

hältnis auf die möglich gebliebenen Leistungen.[7]) Ob der Schuldner die Unmöglichkeit verursacht hat oder nicht, spielt für diese Beschränkung keine Rolle. Der Schuldner soll, auch wenn ihn für das Unmöglichwerden keine Verantwortung trifft, verpflichtet bleiben, solange ein der Verpflichtung entsprechender Erfolg noch möglich ist. Der Vorgang ist hier, wenn nur zwei Leistungen in Frage kamen, derselbe wie bei der Wahl: Verwandlung in eine obligatio simplex. Doch ist eine Rückbeziehung der Konzentrationswirkungen auf die Zeit der Begründung des Schuldverhältnisses hier nicht angeordnet. Ist nur eine Leistung unmöglich, so gelten nunmehr die allgemeinen Regeln der obligatio simplex. Der Schuldner wird also frei, wenn die übriggebliebene Leistung durch Zufall, er wird zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung verpflichtet, wenn sie durch sein Verschulden unmöglich wird.[8]) Nur dann, wenn der Schuldner das erste Unmöglichwerden verschuldet hatte und das zweite durch Zufall eingetreten ist, tritt nach der herrschenden Meinung eine Abweichung von diesen Grundsätzen ein. Hiervon ist im folgenden Paragraphen besonders zu sprechen.

Die strikte Durchführung des Konzentrationsprinzips führt möglicherweise zu einer Härte für den Schuldner, wenn nämlich der Schuldner ein wesentliches Interesse daran hat, einen der Gegenstände zu behalten, und nur deshalb, weil er einen zu behalten hoffte, die alternative Leistungspflicht übernahm; als Beispiel wird in der Regel der Dublettenverkauf erwähnt.[9]) Hier ist man der Ansicht, daß der Schuldner durch den zufälligen Untergang des einen Stückes von der Leistung frei wird, vorausgesetzt, daß dem Gläubiger der Beweggrund des Schuldners

---

[7]) So schon nach gemeinem Rechte mit der Maßgabe, daß sich der Schuldner, sofern ihn kein Verschulden traf, auch mit dem Werte der unmöglichen Leistung lösen konnte (Windscheid Bd. 2 § 255 S. 25).

[8]) Natürlich zum Schadensersatze wegen Nichtbewirkung der zuletzt unmöglich gewordenen Leistung. Unrichtig insoweit Titze S. 204 f., der den Schuldner wählen läßt, für welche Leistung er den Gläubiger entschädigen will. Hiergegen auch Litten S. 212 f.

[9]) Planck Bem. 1; Staudinger Bem. VII zu § 265.

bekannt gewesen ist.[10]) In der Tat wird man bei angemessener Vertragsauslegung zu diesem Resultate gelangen können.

Schwierigkeiten bereitet auch hier die Beantwortung der Frage, welchen Einfluß das teilweise Unmöglichwerden einer Leistung auf die Verpflichtung des Schuldners hat. Die Ansichten über den Fall sind hier in gleicher Weise geteilt wie bezüglich der ursprünglichen Teilunmöglichkeit.[11]) Tatsächlich ist es hier fast noch schwieriger als dort, eine befriedigende Lösung zu finden. Die teilweise Unmöglichkeit der vollständigen ohne weiteres gleichzustellen, geht nicht an; das Gesetz unterscheidet ausdrücklich zwischen beiden Arten und meint, wo es sie nicht näher bezeichnet, nur die vollständige Unmöglichkeit (arg. § 323 Abs. 1 BGB.). Andrerseits erscheint es widersinnig, bei kasueller Teilunmöglichkeit in praxi eine teilweise Befreiung des Schuldners eintreten zu lassen, während eine Befreiung nicht eintritt, wenn die Unmöglichkeit vollständig ist. Aber auch die Konzentration führt zu keinem völlig befriedigenden Ergebnisse, weil dann der Schuldner durch späteres von ihm nicht zu vertretendes Unmöglichwerden der zweiten Leistung trotz der noch bestehenden teilweisen Möglichkeit einer Leistung frei würde. Gewiß ist daher das Ergebnis Pescatores das praktisch allein befriedigende: solange noch eine Leistung vollständig möglich ist, hat der Schuldner sie, und wenn nur noch ein Rest möglich ist, diesen zu leisten; doch sehe ich keine Möglichkeit, nach der Fassung des Gesetzes zu diesem Ziele zu gelangen. Es kann somit nur die freie Willensauslegung helfen, und durch diese wird man in der Tat unter Anwendung der Grundsätze der §§ 157, 242 in vielen Fällen zu einem angemessenen Resultate gelangen. Namentlich bei letztwilligen Ver-

---

[10]) Titze S. 200; Staudinger Bem. VII zu § 265.

[11]) Für Erhaltung des schuldnerischen Wahlrechts Planck Bem. 5b zu § 205; Schollmeyer Bem. IIa, b, e zu § 265; Kisch S. 222f.; für Konzentration Leuchtenberger S. 47; Titze S. 43 Anm. 14; Litten S. 209ff.; Staudinger Anm. V zu § 265 und hier auch Pescatore S. 104, doch läßt der letztere, wenn später noch die andere Leistung zufällig unmöglich wird, den Schuldner auf den Rest der ersten verpflichtet sein; er nimmt zu diesem Zwecke ein Ausscheiden der teilweise unmöglich werdenden Leistung nur ex electione, nicht ex obligatione an.

fügungen wird die Interpretation des Zuwendungswillens ihre Dienste leisten.

2. Die Konzentration tritt nicht ein, wenn der Gläubiger den für die Unmöglichkeit kausalen Umstand zu vertreten hat. Hier kann der Schuldner noch wählen. Wählt er die unmöglich gewordene Leistung, so ist er frei (§ 275 Abs. 1 BGB.); bei gegenseitigen Verträgen behält er den Anspruch auf die Gegenleistung nach Maßgabe von § 324 Abs. 1 BGB. Die Ersatzpflicht des Gläubigers wegen unerlaubter Handlung mindert sich um den Wert der Leistung, weil der Schaden des Schuldners sich insoweit mindert; sie ist aber nicht prinzipiell aufgehoben, insbesondere kann, wenn die Leistung nicht fällig war, ein commodum medii temporis vom Gläubiger zu ersetzen sein.[12]) Wählt der Schuldner die möglich gebliebene Leistung, so ist seine Schadensersatzpflicht uneingeschränkt. Wird vor der Wahl auch die andre Leistung durch einen vom Gläubiger zu vertretenden Umstand unmöglich, so bleibt dem Schuldner immer noch die Wahl, welchen der Gegenstände er als den geschuldeten ansehen und für welchen er unbeschränkt Schadensersatz fordern will; hat der Gläubiger die zweite Möglichkeit nicht zu vertreten, so tritt eine Beschränkung analog § 265 BGB. auf die zuerst unmöglich gewordene Leistung ein.[13])

Diese Ergebnisse sind allseitig unbestritten, sind offenbar im Sinne des Gesetzes und bieten praktisch keine Schwierigkeiten. Es fragt sich nur: Wie ist das Verhältnis der Parteien zu beurteilen, solange der Schuldner nicht gewählt hat? Die Frage gipfelt darin: Hat der Gläubiger einen Anspruch und worauf geht er? Die Beschränkung des Schuldverhältnisses ist nicht eingetreten, es ist also noch alternativ. Unzweifelhaft braucht nun der Schuldner, wenn er nicht will, gar nichts mehr zu leisten;[14]) ist deshalb der Anspruch des Gläubigers erloschen?[15]) Ist das Schuldverhältnis

---

[12]) Übereinstimmend Pescatore S. 244.

[13]) vgl. zum vorhergehenden namentlich Kisch S. 230.

[14]) Ein event. stellvertretendes Commodum muß bei der prinzipiellen Erörterung ausscheiden.

[15]) Dies bejahen ohne Begründung Stammler S. 135; Marcus S. 34; Matthiaß S. 36; dagegen gleichfalls ohne Begründung Leuchtenberger S. 46.

nicht konzentriert, dann besteht es noch, und besteht das Schuldverhältnis, dann besteht auch noch ein Anspruch des Gläubigers. Der Schuldner kann noch die andere Leistung bewirken; er kann auch erklären, daß er die unmögliche Leistung wähle, womit er in der Regel frei ist. Eins von beiden muß er aber, sonst käme der Schwebezustand nie zur Ruhe. Und der Gläubiger hat ein Interesse daran und — das ist die Nachwirkung des ursprünglichen Schuldverhältnisses — ein Recht darauf, daß der Schuldner entweder sich für die unmögliche Leistung erkläre oder die andere bewirke. Hier haben wir also wirklich einen Fall, wo der Schuldner zu einer Wahlerklärung verpflichtet ist. Aber diese Wahlerklärung ist zugleich Erfüllung, und sie steht in Alternative mit der Bewirkung der noch möglichen Leistung. — Nur bei dieser Anschauungsweise, unter der Voraussetzung der Fortdauer einer alternativen Verpflichtung, kann man, was alle Autoren tun, im Falle eines nunmehrigen Unmöglichwerdens auch der zweiten Leistung die Grundsätze des § 265 zur Anwendung bringen. Tritt hiernach Konzentration ein, so ist diese, wie Kisch[16]) zutreffend bemerkt, eine Beschränkung besonderer Art; denn es wird nicht der Schuldner nunmehr schlechthin verpflichtet, die zuerst unmöglich gewordene Leistung zu wählen — eine solche Wahl wäre überflüssig —, sondern es treten in Nachwirkung des ursprünglichen Schuldverhältnisses ohne weiteres die Wirkungen ein, die eingetreten wären, wenn der Schuldner diese Leistung gewählt hätte.[17])

3. Insbesondere das Zusammentreffen vom Schuldner verschuldeter mit späterer zufälliger Unmöglichkeit.

§ 16.

Eine besondere, von den bisher entwickelten Grundsätzen abweichende Beurteilung erfährt von der weit überwiegenden Majorität der Fall, daß zunächst eine der alternativ geschuldeten

---

[16]) Kisch S. 104.

[17]) Eine Verwertung der hier entwickelten Konstruktion wird bei Darstellung der Vollstreckung erfolgen (unten § 17 der Diss. am Ende).

Leistungen durch Verschulden des Schuldners und sodann die andere[1]) durch ein von keiner Partei zu vertretendes Ereignis unmöglich wird. Wir müssen diesem Falle wegen seiner prinzipiellen Bedeutung eine ausführlichere Betrachtung widmen.

Die bisher dargestellten Grundsätze würden dazu führen, daß der Schuldner nach § 275 Abs. 1 BGB. von der Leistung frei ist. Nach der herrschenden Lehre hat er jedoch dem Gläubiger dessen positives Erfüllungsinteresse an der zuerst unmöglich gewordenen Leistung zu ersetzen.

Daß der Schuldner nicht frei werde, war schon im gemeinen Rechte die herrschende Meinung, und es ist kein Zweifel, daß die heutige Meinung durch jene ältere Doktrin beeinflußt ist. Wir müssen deshalb notgedrungen zurückgreifen.

Die gemeinrechtliche Lehre stützt sich auf die Stelle des Papinianus in l. 95 § 1 D. de sol. et lib. (46,3): „... Enimvero si facto debitoris alter (Stichus aut Pamphilus) sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alias peti possit quam qui solvi etiam potest, ... tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur". Windscheid[2]) bemerkt hierzu ergänzend: „Es ist wohl keiner Frage unterworfen, daß die Römer der Formel des bonae fideiiudicium gegenüber eine actio doli nicht für erforderlich gehalten,[3]) und noch weniger, daß sie im bonae fidei iudicium den Beklagten auch wegen bloßer Fahrlässigkeit verurteilt haben würden, so daß heutzutage von dem Erfordernis des ‚facto debitoris' abgesehen werden darf. So auch die herrschende Meinung".[4]) Interessant ist der Versuch Bernsteins,[5]) auch vom Standpunkte der sogen. suspensiven Pendenztheorie zum gleichen Ergebnisse zu gelangen:

---

[1]) Es muß hier der Einfachheit halber die ursprüngliche Zweiheit der Leistungen vorausgesetzt werden.

[2]) Windscheid Bd. 2 § 255 Anm. 14 S. 28.

[3]) d. h. die Kontraktsklage gegeben hätten.

[4]) vgl. z. B. noch Dernburg, Pand. Bd. 2 § 27 Anm. 12; Ryck S. 244.

[5]) Bernstein S. 15 ff.

„... Das kulpos vernichtete Objekt war nicht in obligatione ... Frei und ungestraft scheint der Schuldner die Lage seines Gläubigers verschlechtern zu dürfen, indem er dessen Perikulum steigert... Uns scheint jedoch die Unverantwortlichkeit des Schuldners auch vom Standpunkte der suspensiven Theorie keine notwendige Konsequenz. Wie darf denn gesagt werden, daß der Akt des Schuldners keine Verantwortlichkeit zur Folge habe, solange noch ungewiß ist, ob das von ihm vernichtete Objekt Objekt der Obligation ist oder nicht? Der juristische Charakter der schuldnerischen Tat ist eben auch in pendenti. Geht das andre Objekt durch Zufall unter, so ... charakterisiert sich auch die Tat des Schuldners rückwärts zu einer zuzurechnenden culpa".

Nun zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Dessen Kommentatoren haben, wie schon bemerkt, trotz des scheinbar entgegenstehenden Gesetzeswortlauts den vom gemeinen Rechte gebildeten Grundsatz übernommen. Einen Stützpunkt im Gesetz glaubt man darin zu finden, daß die unmöglich werdende Leistung, entgegen der gewählten, nicht ex tunc aus dem Obligationsnexus ausscheide.[6]) Die sich hieraus ergebende Verantwortlichkeit des Schuldners für sein Verschulden, sagt man, sei eine latente, sie werde aktuell erst mit dem späteren Unmöglichwerden der anderen Leistung.[7]) Die Konzentration durch Unmöglichwerden, wird von andrer Seite geltend gemacht, sei von der Konzentration durch Wahl ihrem Wesen nach überhaupt verschieden; sie sei keine vollständige, sie bewirke ein Ausscheiden der Leistung nicht ex obligatione, sondern nur ex electione.[8]) Weniger dogmatisch klingt die Begründung Cromes.[8a]) Der Schuldner hafte für sein gesamtes obligationswidriges Verhalten, also auch dafür, daß er dem Gläubiger durch seine Tat die Gefahr zugeschoben. Ein Autor[9]) hält schließlich die Ersatzpflicht des Schuldners nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff.) für gegeben.

---

[6]) vgl. Staudinger Anm. III zu § 265; Kleineidam S. 103.

[7]) Pescatore S. 243.

[8]) Titze S. 198 ff.

[8a]) Crome Bd. 2 S. 97 f.; ähnlich Oertmann Anm. 5 zu § 265; Langheineken S. 210; Rehbein Bd. 2 S. 76 ff.

[9]) Litten S. 197.

Im Gegensatz dazu sind aber auch einige Stimmen laut geworden, daß der Schuldner nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch frei sein müsse.[10]) Man hält sich dabei einfach an den Wortlaut des § 265 Satz 1 und erspart sich eine eingehendere Begründung. Eine solche findet sich nur bei Kisch,[11]) der nach Hinweis auf die „ausdrückliche unzweideutige Bestimmung des § 265" fortfährt: Solange der Schuldner nicht alle Objekte vernichte, habe er das Recht seines Vertragsgegners nicht verletzt, da er ja nur einen oder mehrere Gegenstände verlangen könne. Kausal für die Vereitlung der Erfüllung sei nicht das Verhalten des Schuldners, sondern das zufällige Ereignis. Der Schuldner könne jederzeit sagen: ich würde diese Leistung (die von ihm vernichtete) gewählt haben. Dem Gläubiger den Rückgriff gestatten, heiße ihm rückwirkend ein Wahlrecht einräumen, das ihm niemals zukam... Dieser Meinung hat sich nun auch Planck[12]) angeschlossen, der das Ergebnis (die Haftung des Schuldners) als der Absicht des Gesetzgebers und auch der Billigkeit zuwiderlaufend ansieht.

Ich bekenne mich im Prinzip zur Auffassung der Minorität, wozu mich folgende Erwägung geführt hat.

Von vornherein ausscheiden muß der Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung, da ein obligatorischer Anspruch nicht zu den Rechten zählt, die unter den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB. gestellt sind.[13]) Von den sonst eingeschlagenen Wegen muß ferner die Konstruktion zweier verschiedener Konzentrationen — durch Wahl und durch Unmöglichwerden — als ohne Anhaltspunkt im Gesetz abgelehnt werden. Ob man sagt: die Leistung gilt nunmehr als die allein geschuldete, oder ob man sagt: das Schuldverhältnis beschränkt sich auf diese Leistung, ist offenbar gleichbedeutend. Man muß sich schon dabei bescheiden, daß die unmöglich werdende Leistung tatsächlich, und zwar ex obligatione, ausscheidet.

Das freilich läßt sich hören, daß diese Leistung in dem Augenblicke, wo der Schuldner sie unmöglich machte, noch in obliga-

---

[10]) Kipp bei Windscheid Bd. 2 § 255 Zusatz 8aβ S. 33; Chamizer S. 6 Anm. 5; Landsberg, Lehrb. Bd. 1 S. 325; Kisch S. 234 f.

[11]) Kisch S. 235.

[12]) Planck Bem. 3aβ zu § 265.

[13]) So alle Kommentare; vgl. z. B. Planck Bem. 2a zu § 823 S. 608.

tione war, daß er deshalb für sie verantwortlich war, und daß seine Verantwortlichkeit durch keine Rückwirkung der Konzentration ausgeschlossen wurde. Diese Deduktion wäre plausibel, ja unwiderleglich, wenn das Inobligationesein der sämtlichen Leistungen die Bedeutung hätte, daß der Schuldner in Ansehung jeder einzelnen dieselbe Sorgfaltspflicht habe, wie wenn er sie schlechthin schuldete. Das aber ist gerade die Frage! Daß jene Leistung ins Schuldverhältnis eingeführt war, daß der Schuldner sie schuldete, ist zweifellos. Aber er schuldete sie alternativ, er brauchte sie nicht zu bewirken. Auf wie schwankendem Boden man sich befindet, wenn man die Beweisführung auf den Lehrsatz duae res in obligatione aufbaut, lehrt folgende Bemerkung Windscheids[14]): „. . . Anders, wenn dem Schuldner die Wahl zusteht; in diesem Falle kann man sofort von keinem Leistungsinhalte sagen, daß gerade er verschuldet werde . . . Von der andern Seite ist es freilich ebenso wahr, daß jeder Leistungsinhalt der wirklich verschuldete werden kann und als möglicher Gegenstand des Forderungsrechts individuell bezeichnet ist. Eine Folge davon ist daß der Schuldner in Beziehung auf keine ungebunden ist . . . Insofern kann man dann doch auch in diesem Falle sofort von einem jeden Leistungsinhalte sagen, daß er in obligatione sei". Also Windscheid folgerte das in obligatione esse aus der Gebundenheit des Schuldners, und hier soll die Gebundenheit des Schuldners aus dem in obligatione esse gefolgert werden.

Auf so unsicherer Grundlage läßt sich gegen die an sich klare Konsequenz des § 265 nicht ankämpfen. Will man eine Basis gewinnen, so kann man nur fragen: Handelte der Schuldner gegen Zweck und Charakter seiner Verpflichtung, handelte er obligationswidrig? Durfte der Gläubiger erwarten und konnte er verlangen, daß ihm der Schuldner die durch die Alternativität gewährte erhöhte Sicherheit bis zur Erfüllung erhalte? Wer die Frage, eine Frage des juristischen Gefühls, auf dem Boden des gemeinen Rechts bejahte, hatte allerdings die Autorität des römischen Rechts auf seiner Seite.

---

[14]) Windscheid Bd. 2 § 255 Anm. 5 S. 23 f.

Allein nach dem geltenden Rechte muß eine andere Beurteilung Platz greifen. Fragt man: Wie hat sich der Gesetzgeber das ganze Schuldverhältnis gedacht? so muß man sagen: Jedenfalls nicht als ein solches, das dem Gläubiger eine höhere Sicherheit bis zur Erfüllung garantieren soll. „Um die Beschleunigung der Vereinfachung des Schuldverhältnisses zu fördern", gestattete er dem Schuldner, es durch einfache Erklärung zu konzentrieren. Er empfand die Alternativität nicht als einen Zustand, dessen möglichst lange Erhaltung erwünscht, sondern als einen solchen, dessen baldige Beseitigung auf einfachem Wege zu erstreben sei. Nun kann man sagen[15]): Es ist nicht dasselbe, ob das Schuldverhältnis durch eine Wahlerklärung oder durch ein Unmöglichmachen konzentriert wird. Aber dem Gläubiger kann es sicher gleichgültig sein, wodurch die Konzentration bewirkt wird. Es liegt auch nicht darin, daß sich die Konzentration durch Unmöglichmachung ohne seine Kenntnis vollzieht, für ihn eine unbillige Beschwerung; denn er muß sich dasselbe durch jedes kasuelle Unmöglichwerden gefallen lassen. Und ein ökonomischer Gesichtspunkt: Das Gesetz gibt dem Schuldner durch das Mittel der Wahl die Möglichkeit der wirtschaftlichen Verwertung der geschuldeten Gegenstände bis auf einen noch während Bestehens der Obligation. Soll er haftbar sein, wenn er das Unglück hat, vor der Wahl durch eine eigne Fahrlässigkeit den einen der Gegenstände zu verlieren? Er wäre doppelt geschädigt. Das Resultat entspräche tatsächlich, wie Planck bemerkt, nicht der Billigkeit.

Gelangen wir somit zur Ablehnung der Haftung des Schuldners auf Grund der Erwägung, daß die Vergrößerung der Gefahr kasueller Vereitlung der Erfüllung nach der heutigen Gestaltung der Wahlschuld mit Schuldnerwahlrecht nichts Obligationswidriges ist, so ergibt sich damit gleichzeitig von selbst eine Einschränkung des gewonnenen Grundsatzes: „Die Obligation kann im Einzelfalle den Versicherungszweck in sich tragen, es kann die alternative Form zu dem Zwecke gewählt sein, den Gläubiger gegen die Gefahr in erhöhtem Maße zu schützen. Wenn das feststeht, dann

[15]) Crome Bd. 2 S. 97.

muß allerdings eine Sorgfaltspflicht des Schuldners in Ansehung jedes einzelnen Leistungsgegenstandes anerkannt werden. In diesen Fällen wird freilich auch das Recht des Schuldners, durch bloße Erklärung zu wählen, ausgeschlossen sein.[16])

Sechstes Kapitel.

Die Vollstreckung.

1. § 264 Abs. 1 BGB.

§ 17.

Dem alternativen Anspruch entspricht die alternative Klage und das alternative Urteil. Eine Klage auf eine Leistung schlechthin müßte zur Abweisung führen; ein solcher Anspruch steht dem Gläubiger nicht zu. Diese Punkte bieten weder theoretische noch praktische Schwierigkeiten.[1]) Schwieriger ist die Frage der Vollstreckung des alternativen Schuldtitels. Da eine alternative Vollstreckung nicht möglich, vielmehr nur die Exekution einer bestimmten Leistung denkbar ist, so erhebt sich die Frage, wie der Gläubiger trotz des schuldnerischen Wahlrechts zu seinem Rechte gelangt. Die Frage ist an sich rein prozessual,[2]) sie hat aber ihre Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch gefunden, und sie muß aus diesem Grunde hier mit abgehandelt werden.

Zum Verständnisse der in Betracht kommenden Bestimmungen ist es nötig, einen kurzen Blick auf den früheren Rechtszustand und die Entstehungsgeschichte des § 264 Abs. 1 BGB. zu werfen.

Die Frage eines Übergangs des Wahlrechts vom Schuldner auf den Gläubiger in gewissen Stadien der Obligation ist im gemeinen Rechte der Gegenstand vielfacher Erörterung gewesen.

---

[16]) vgl. oben § 10 a. E.

[1]) Näheres hierüber sowie über den Gegensatz zur sogen. Eventualfassung und zur Fakultativfassung geben Boening und Stölzel im Sächs. Arch. Bd. 15.

[2]) Die Materie wird zur zivilistischen nicht dadurch, daß ihre Regelung in einzelnen Beziehungen ins Zivilrecht eingreift; das tun sehr viele prozessuale Vorschriften.

Von einigen gemeinrechtlichen Schriftstellern ist dieser Übergang schon für den Fall der bloßen Schuldnermora behauptet worden. Nachdem die Irrtümlichkeit dieser Auffassung aus den Quellen nachgewiesen worden war,[3]) blieb doch die Annahme jenes Übergangs im Stadium der Exekution die im gemeinen Rechte herrschende Meinung.[4]) Den Kommentatoren der Zivilprozeßordnung bereitete vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Frage nach der Gestaltung der Vollstreckung alternativer Schuldtitel starke Schwierigkeiten, weil das Prinzip des Wahlrechtsübergangs, selbst wenn es ziviliſtisch unbestritten gewesen wäre, für den Prozeß unverwertbar war.[5]) Es war dann Levy,[6]) der ganz aus den Grundsätzen der Prozeßordnung heraus, und zwar unter Heranziehung der Analogie der für die beschränkt generische und die generische Obligation geltenden Vorschriften der §§ 769, 770 ZPO. alter (§§ 883, 884 neuer) Fassung, ein mit der jetzigen Fassung des § 264 Abs. 1 BGB. nahezu übereinstimmendes, auf dem Gesichtspunkte der Durchsetzung des Anspruchs ohne Rücksicht auf das schuldnerische Wahlrecht beruhendes Prinzip entwickelte.[7])

Bei der Redigierung des Bürgerlichen Gesetzbuchs hielt man es für angebracht, einen „Weg zu eröffnen, auf welchem ... in Anpassung an die einschlagenden Bestimmungen der Zivilprozeßordnung ohne Benachteiligung des Schuldners dem Gläubiger auf einfache und sichere Weise zur Befriedigung verholfen werde".[8]) Nach mannigfachen Vorschlägen einigte man sich in der 1. Kommission auf die Fassung:

> „Soll gegen den wahlberechtigten Schuldner die Zwangsvollstreckung stattfinden, so hat der Gläubiger die Wahl. Er muß jedoch eine andere zur Wahl gestellte Leistung

---

[3]) Literatur bei Pescatore, Die sogen. altern. Obl. 1880 S. 86.

[4]) Wobei man sich über den eigentlichen Zeitpunkt des Übergangs nicht ganz einig war; vgl. Windscheid Bd. 2 § 255 S. 27 Anm. 11; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 80.

[5]) Levy bei Gruchot Bd. 36 S. 47.

[6]) Bei Gruchot Bd. 36 S. 31 ff.

[7]) vgl. insbesondere Levy S. 48.

[8]) Mot. Bd. 2 S. 8.

annehmen, solange er die gewählte Leistung auch nicht teilweise empfangen hat".

Gleichzeitig beschloß man jedoch, es solle der Redaktion vorbehalten bleiben, ob nicht die Bestimmung zweckmäßiger zu fassen sei:

„Das Wahlrecht des Schuldners wird durch Einleitung der Zwangsvollstreckung nicht ausgeschlossen. Der Gläubiger kann dieselbe zwar auf eine oder mehrere Leistungen richten, er muß jedoch eine andere dieser Leistungen annehmen, solange er die von ihm gewählte Leistung auch nicht teilweise empfangen hat".[9])

Die entsprechende Stelle im 1. Entw. erhielt dann eine dem jetzigen § 264 Abs. 1 BGB. sehr ähnliche Gestalt,[10]) wozu die Motive[11]) bemerken: „Selbst durch Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens wird das Wahlrecht des Schuldners noch nicht ausgeschlossen, somit insoweit durch den Entwurf gegen die für das gemeine Recht herrschende, auch von den neueren Entwürfen adoptierte Ansicht entschieden". Durch die 2. Kommission erhielt dann die Bestimmung ihre endgültige Prägung. Sie lautet nunmehr (§ 264 Abs. 1 BGB.):

„Nimmt der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung vor, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder auf die andere Leistung richten; der Schuldner kann sich jedoch, solange nicht der Gläubiger die gewählte Leistung ganz oder zum Teil empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien".

Der Wortlaut dieser Bestimmung hat zu mannigfachen Deutungen Anlaß gegeben. Namentlich die ältere Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch neigte fast überwiegend dazu, anzunehmen, es habe ein Übergang des Wahlrechts auf den Gläubiger statuiert werden sollen dergestalt, daß mit dem Beginne der Zwangsvollstreckung eine Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht im Sinne der

---

[9]) Metallogr. Prot. der 1. Kommission S. 472 ff., 478.

[10]) 1. Entw. § 210 Abs. 1.

[11]) Mot. Bd. 2 S. 8.

§§ 262, 263 entstehe, dem Schuldner aber nur eine alternative Ermächtigung verbleibe.[12]) Die Konsequenz dieser Auffassung war die Konzentration des Schuldverhältnisses auf die vom Gläubiger „gewählte" Leistung.[13]) Eine ausführlichere Begründung dieser Konzentration findet sich nur bei Chamizer: Der Paragraph formuliere geradezu das Recht des Schuldners nach Beginn der Zwangsvollstreckung als alternative Ermächtigung; eine nur realiter ausübbare Wahl sei keine Wahl im Sinne des § 263, vielmehr gerade eine Eigentümlichkeit der alternativen Ermächtigung. — Demgegenüber hat sich jedoch auch eine große Anzahl Autoren für die Erhaltung des schuldnerischen Wahlrechts ausgesprochen.[14]) Das Reichsgericht hat sich der letzteren Auffassung angeschlossen.[15]) Mit der ausführlichen und scharfen Abhandlung von Rieß[16]) kann die Kontroverse endgültig als im Sinne des Fortbestandes des schuldnerischen Wahlrechts abgeschlossen gelten.

Wir können uns kurz fassen. Eine alternative Vollstreckung ist nicht möglich. Will der Gläubiger zu seinem Rechte kommen, dann kann er nur eine bestimmte Leistung exequieren, muß er also seinen Anspruch durchsetzen ohne Berücksichtigung des schuldnerischen Wahlrechts. Findet er Befriedigung, dann ist erfüllt. Daß das geschieht, ohne daß der Schuldner wählt, ist nichts Abnormes.[17]) Schon von diesen Gesichtspunkten aus könnte man unter Verwertung starker Analoga der Zivilprozeßordnung zum Prinzip der Exequierung nach Auswahl des Gläubigers gelangen. Das ist freilich keine Wahl im Sinne des § 263. Schwerlich hätte eine gesetzgeberische Erwägung dazu führen können, für die Zwecke der Vollstreckung eine Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht im Sinne der §§ 262 f. zu statuieren. Daß solches beabsichtigt ge-

---

[12]) Stammler S. 137; Matthiaß Bd. 1 S. 305; Oertmann S. 138; Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 382; Kipp bei Windscheid Bd. 2 S. 25; Dernburg Bd. 2 S. 99 Anm. 12; Szkolny-Caro zu § 264; Chamizer S. 72ff. u. a. m.

[13]) vgl. insbes. Stammler S. 137.

[14]) Planck Bem. 2 zu § 264; Schollmeyer, Staudinger Bem. 1 zu § 264; Crome Bd. 2 § 153 Anm. 31; Titze S. 202 u. a. m.

[15]) RG. in JurW. Jahrg. 1903 Beil. 1 S. 15 Nr. 31, S. 176 Nr. 77.

[16]) Rieß bei Gruchot Bd. 48 S. 489ff.

[17]) vgl. oben § 11 der Diss.

wesen, dafür findet sich nirgends in den Materialien ein Anhalt. Das Gegenteil erhellt vielmehr deutlich aus den Beschlüssen der 1. Kommission und aus den Motiven. Zweckmäßigkeitsgründe haben dazu geführt, vom Beginn der Vollstreckung die Rechte des Schuldners einzuschränken. Die Füglichkeit, durch bloße Erklärung das Schuldverhältnis nachträglich zu verändern, mußte ihm genommen werden, wollte man nicht den Gläubiger der Schikane aussetzen. Damit erhielt der Schuldner eine Position, wie sie ihm nach früherem Rechte von Anfang an zukam und wie sie noch jetzt durch Parteidisposition ihm jederzeit zugewiesen werden kann. Das Schuldverhältnis als solches wurde damit in seinem Wesen nicht alteriert, es wurde ihm damit insbesondere nicht der Charakter einer Wahlschuld mit Schuldnerwahlrecht genommen. — So führt die ratio des Gesetzes zwingend zu der Annahme der Fortdauer des schuldnerischen Wahlrechts. Die gegenteilige Annahme beruhte nur auf Mißdeutung einer zufälligen Wortfassung.

Von Einzelheiten ist nunmehr hervorzuheben:

1. Rechtsstellung des Schuldners.

a) Durch die Rechtskraft des Urteils wird das Schuldverhältnis, abgesehen von den Wirkungen dieser Rechtskraft, in keiner Weise verändert. Der Schuldner kann nach wie vor durch seine bloße Erklärung nach § 263 die Wahl vollziehen. Dadurch wird das Schuldverhältnis konzentriert und der Schuldner in die Lage versetzt, nötigenfalls im Wege der Klage eine Einwendung gegen den festgestellten Anspruch nach Maßgabe von § 767 Abs. 1 ZPO. zu erheben.[18])

b) Mit dem Beginn der Zwangsvollstreckung verliert der Schuldner das vorerwähnte Recht.[19]) Die Wahl bleibt ihm, doch als Wahl bei der Erfüllung. Die Bewirkung der Leistung kann an den zum Zwecke der Vollstreckung erscheinenden Gerichtsvollzieher erfolgen, da dieser dem Schuldner gegenüber durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung als zur Empfangnahme

---

[18]) Übereinstimmend Pescatore S. 220; Pescatore erblickt, wohl nicht mit Unrecht, hierin eine unnötige Vergünstigung für den Schuldner.

[19]) Gleichgültig ob das Urteil rechtskräftig oder nur vorläufig vollstreckbar ist.

der Leistung ermächtigt gilt (§§ 754, 755 ZPO.). Die Leistung muß vollständig, d. h. zur vollen Befriedigung des Gläubigers geeignet sein, eine bloße Teilleistung hindert den Gerichtsvollzieher nicht, die eine oder die andere Leistung noch zu exequieren.[20]) — Der Beginn der Zwangsvollstreckung richtet sich nach Vollstreckungsrecht. Soweit für sie der Gerichtsvollzieher zuständig ist, also namentlich, wenn es sich um Pfändung beweglicher Sachen (§§ 808 ff., 814, 831 ZPO.), Wegnahme solcher (§ 883 ZPO.) oder Herausgabe einer unbeweglichen Sache handelt (§ 885 ZPO.), beginnt sie in dem Augenblicke, wo der Gerichtsvollzieher zuerst tätig wird.[21]) Soweit die Vollstreckung dem Gerichte übertragen ist (Zwangsvollstreckung in Forderungen und andre Vermögensrechte, §§ 828 ff. ZPO., zur Erwirkung von Handlungen, §§ 887 ff. ZPO.), beginnt sie mit dem Erlaß, nicht erst mit der Zustellung des Beschlusses.[21])

c) Der Schuldner verliert das Wahlrecht vollständig in dem Augenblicke, wo der Gläubiger die exequierte Leistung ganz oder teilweise empfängt. Empfängt er sie ganz, dann ist erfüllt und die Bewirkung einer anderen Leistung durch den Schuldner ohne weiteres ausgeschlossen. Empfängt der Gläubiger sie nur zum Teil, so ist an sich ein zwingender logischer Grund, die Befreiung des Schuldners durch Vollbewirkung einer anderen Leistung auszuschließen, nicht vorhanden; sie wurde aus Zweckmäßigkeitgründen ausgeschlossen, vermutlich um dem Gläubiger die lästige Rückgabe des einmal Empfangenen zu ersparen. Der Schuldner kann also nur noch den Rest der zum Teil exequierten Leistung bewirken, sonst wird er nicht befreit. — Welcher Zeitpunkt als Empfangnahme der Leistung durch den Gläubiger gilt, richtet sich wiederum nach Vollstreckungsrecht. Namentlich gilt bei Geldforderungen die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher ebenso wie die Empfangnahme des Erlöses gepfändeter beweglicher Sachen durch den Gerichtsvollzieher grundsätzlich als Zahlung von seiten des Schuldners (§§ 815 Abs. 3, 819 ZPO.); das gleiche gilt von

---

[20]) Übereinstimmend RG. in den in Note 15 zit. Entscheidungen.

[21]) Petersen-Anger Vorbem. 7, 8 S. 281 f., Bem. 3 zu § 750 S. 352; Gaupp-Stein Vorbem. VIIb zu §§ 704 ff.; Seuffert Bem. 1 zu § 750.

der Überweisung einer gepfändeten Geldforderung an Zahlungsstatt zum Nennwerte nach Höhe dieses Nennwertes (§ 835 Abs. 1 und 2 ZPO.).[22]) Durch die Pfändung beweglicher Sachen empfängt der Gläubiger ebensowenig eine Leistung wie durch die Eintragung einer Sicherungshypothek;[23]) der Schuldner kann sich also in diesen Fällen noch durch Bewirkung einer Leistung nach seiner Wahl befreien.

2. Rechtsstellung des Gläubigers.

Der Gläubiger erhält mit dem vollstreckbaren Titel die tatsächliche Befugnis, nach seinem Belieben eine der ihm alternativ geschuldeten Leistungen zu exequieren. Das ist kein Wahlrecht im Sinne der §§ 262, 263, kein Recht, den Inhalt des Schuldverhältnisses zu bestimmen, insbesondere durch bloße Erklärung eine Konzentration herbeizuführen. Demgemäß ist auch seine Vollstreckungshandlung keine Wahlerklärung, sondern nur Vollstreckungshandlung. Er braucht überhaupt sich nicht zu entscheiden, es muß sein bloßer Vollstreckungsauftrag an den Gerichtsvollzieher genügen, den dieser dann nach seinem Ermessen durch Exequierung der einen oder der andern Leistung auszuführen hat. Führt die Exekution zu keinem Ergebnisse, so kann sie auf eine andere Leistung gerichtet werden, bis der Gläubiger befriedigt ist. Das gilt auch dann noch, nachdem der Gläubiger durch die Exekution eine teilweise Befriedigung erlangt hat.[24]) Hier könnte man stutzig werden angesichts der Tatsache, daß ja der Schuldner keinerlei Wahlrecht mehr hat, daß er schlechterdings den Rest der teilweise exequierten Leistung bewirken muß. Ob hier nicht dem Gesetzgeber die Vorstellung einer Konzentration vorgeschwebt hat, einer Konzentration nicht durch die Wahl des Gläubigers, sondern durch die teilweise Leistung? Wir können es dahingestellt sein lassen, da jedenfalls ein entsprechender Ausspruch im Gesetze nicht statt-

---

[22]) Eine entsprechende Anwendung dieses letzteren Grundsatzes auf gepfändete andere Forderungen oder sonstige Vermögensrechte ist für die Regel ausgeschlossen (Petersen-Anger Bem. 2 zu § 846 S. 510, zu § 849 S. 513, 7 zu § 857 S. 538).

[23]) Falsch im letzteren Punkte Litten S. 180 Ziff. 3a.

[24]) Rieß S. 499 f.

gefunden hat. Er wäre auch nur zu bedauern gewesen, denn er hätte den Gläubiger der Befriedigungsmöglichkeit beraubt, wenn der Rest der zum Teil exequierten Leistung sich als unexequierbar, die andere Leistung aber sich als vollständig exequierbar herausstellte. Gegen leichtsinniges oder gar böswilliges Variieren des Gläubigers ist der Schuldner dadurch geschützt, daß er nur die notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung zu tragen hat (§ 788 Abs. 1 ZPO.), und daß ihm der Gläubiger für einen Schaden nach allgemeinen Grundsätzen haftet. Erlangt der Gläubiger etwa durch Summierung verschiedener Teilleistungen infolge der Exekution mehr, als er zu beanspruchen hat, so ist er dem Schuldner nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) zur Erstattung verpflichtet; auch kann sich der Schuldner durch die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO.) gegen weitere Zwangsmaßnahmen schützen.[25])

Der Einfluß des Unmöglichwerdens einer Leistung richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Rechtlich interessant ist nur der Fall, daß der Gläubiger eine solche Unmöglichkeit verursacht, nachdem die Vollstreckung bereits begonnen hat. Hier muß man dem Schuldner scheinbar gegen den Wortlaut des Gesetzes die Füglichkeit einräumen, durch bloße Erklärung die unmöglich gewordene Leistung zu wählen; denn diese Erklärung ist zugleich Erfüllung.[26]) Sie befreit den Schuldner und gibt ihm die Möglichkeit der Vollstreckungsgegenklage.

2. Besonderheiten bei Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung.

§ 18.

Schwierigkeiten macht der Fall, daß der alternative Schuldtitel auf die Abgabe einer von mehreren Willenserklärungen lautet. Dem steht der Fall gleich, daß der Schuldner zur Vollziehung der Wahl verurteilt ist;[1]) denn auch die Verpflichtung zur Erklärung

[25]) Im letzteren Punkte übereinstimmend Rieß S. 500 Anm. 39.

[26]) vgl. oben § 15 der Diss.

[1]) Dieser Fall ist möglich beim Vorliegen einer besonderen hierauf gerichteten Verpflichtung; vgl. oben § 10 sub I.

der Wahl ist ihrem Wesen nach eine alternative Verpflichtung zur Abgabe einer oder der andern Willenserklärung.

Es liegt auf der Hand, daß § 894 Abs. 1 ZPO. hier nicht zum Ziele führt. Diese Bestimmung betrifft schon ihrem Wortlaute nach und kann nur betreffen den Fall der Verurteilung zur Abgabe einer inhaltlich bestimmten [2]) Willenserklärung; denn nur in diesem Falle kann die Erklärung durch das rechtskräftige Urteil ersetzt werden.[3])

Hierüber ist man einig. Es fragt sich nun: wie kommt der Gläubiger zum Ziele?

Gaupp-Stein[4]) und Falkmann[5]) sind der Ansicht, daß der Gläubiger nur die ihm zustehende Wahl durch eine Erklärung gegenüber dem Schuldner zu vollziehen brauche, und daß durch die solchermaßen eintretende Vereinfachung der Schuld der Anwendung von § 894 Abs. 1 ZPO. Raum gegeben werde, d. h. daß nunmehr die vom Gläubiger gewählte Willenserklärung als abgegeben gelte. Ganz auf dasselbe kommt die Ansicht Pescatores[6]) heraus, man werde die Sache als erledigt anzusehen haben, wenn der Gläubiger dem rechtskräftig verurteilten Schuldner gegenüber erklärt habe, daß er eine bestimmte Willenserklärung als abgegeben ansehe; dem Schuldner müsse es überlassen bleiben, dieser Erklärung zuvorzukommen. Die genannten Autoren begehen zwei Fehler: zunächst den Grundfehler — durch den Pescatore mit sich selbst in Widerspruch gerät, da er ihn bei der Auslegung des § 264 Abs. 1 vermeidet [7]) —, einen Übergang des Wahlrechts

---

[2]) vgl. Gaupp-Stein Anm. I, 2 zu § 894.

[3]) vgl. Gaupp-Stein Anm. II zu § 894: „Ist die Verurteilung ihrem Inhalte nach nicht geeignet, die erstrebte Erklärung zu ersetzen, so ist die Fiktion ohne praktische Bedeutung".

[4]) Gaupp-Stein Anm. V, 2 zu § 894.

[5]) Falkmann S. 102 f.

[6]) Pescatore S. 230. Auffallenderweise und ohne jede Begründung will übrigens Pescatore (S. 229) in dem Falle, daß auf Grund der abzugebenden Willenserklärung eine Eintragung ins Grundbuch erfolgen soll (§ 895 ZPO.), auch vom Erfordernisse einer Erklärung gegenüber dem Schuldner absehen; der Gläubiger solle ohne weiteres ermächtigt sein, nach seiner Wahl den oder jenen Antrag beim Grundbuchamte zu stellen.

[7]) vgl. Pescatore a. a. O. S. 221 ff.

auf den Gläubiger in dem Sinne vorauszusetzen, daß der Gläubiger nun in der Lage wäre, durch seine bloße Erklärung die Entscheidung der Alternative herbeizuführen. Sodann den zweiten Fehler, daß sie aus der vermeintlichen Konzentration des Schuldverhältnisses ohne weiteres den Eintritt der Fiktion des § 894 Abs. 1 ZPO. folgern. Angenommen selbst, der Gläubiger könnte durch seine Erklärung das Schuldverhältnis konzentrieren, so würde zwar ein einfacher Anspruch entstehen; für diesen hätte aber der Gläubiger noch keinen Schuldtitel, denn der Schuldtitel lautet nach wie vor alternativ. Dieser Titel, so wie er lautet, kann eine der alternativ geschuldeten Willenserklärungen niemals ersetzen, auch nicht im Zusammenhange mit einer Wahlerklärung.[8]) — Daraus ergibt sich zugleich die Unannehmbarkeit des Vorschlags Hellwigs,[9]) in Analogie des § 894 Abs. 1 Satz 2 ZPO. die Wirkungen der Fiktion erst eintreten zu lassen, nachdem nach den Bestimmungen der §§ 726, 730 ZPO. eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils erteilt sei, wobei an die Stelle der Gegenleistung die Vollziehung der Wahl durch den Gläubiger (oder den Schuldner) und ihr Nachweis die Voraussetzungen für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung bilden sollen. Ist schon die erwähnte Analogie höchst bedenklich, so bringt sie uns auch nicht weiter, da die Vollziehung der Wahl, selbst durch öffentliche Urkunde nachgewiesen, den Schuldtitel noch nicht zu einem einfachen macht. Der Grundfehler aber ist derselbe wie oben: die Wahlerklärung des Gläubigers äußert als solche keinerlei rechtliche Wirkungen.

Der Gläubiger muß also nach dem allgemeinen Grundsatze die Vollstreckung auf die eine oder die andere Leistung, im vorliegenden Falle auf die Abgabe der einen oder die Abgabe der andern Willenserklärung richten. Voraussetzung dazu ist freilich, daß eine Realexekution in eine Willenserklärung überhaupt möglich ist. Ich trage trotz der gegenteiligen Ansicht Falkmanns[10])

---

[8]) Schon deshalb nicht, weil sich aus der alternativen Verurteilung als solcher noch gar nicht ergibt, ob überhaupt eine Konzentration des Schuldverhältnisses durch Erklärung möglich ist; dies kann vertragsmäßig ausgeschlossen sein.

[9]) Hellwig S. 454.

[10]) Falkmann S. 103 Anm. 28.

kein Bedenken, diese Möglichkeit zu bejahen, da nicht abzusehen ist, warum der Gesetzgeber in Fällen, wo der § 894 Abs. 1 ZPO. nicht anwendbar ist, zur Durchsetzung des Anspruchs auf Abgabe einer Willenserklärung die Mittel versagen sollte. Die Willenserklärung ist eine Handlung, und es besteht m. E. kein Hindernis, sie nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 887 ff. ZPO. zu behandeln, soweit § 894 Abs. 1 ZPO. nicht eingreift.[11])

Damit stehen wir vor einer Alternative. Betrachten wir die Willenserklärung als eine Handlung, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so findet § 887 ZPO. Anwendung: Der Gläubiger ist auf seinen Antrag von dem Prozeßrichter erster Instanz zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die von ihm (dem Gläubiger) gewählte Willenserklärung abgeben zu lassen. Betrachten wir aber die Willenserklärung als eine Handlung, die nicht durch einen Dritten vorgenommen werden kann, dann bleibt für den Gläubiger nur der Weg des § 888 Abs. 1 ZPO: die Erzwingung der Abgabe der Erklärung durch gerichtliche Strafen. Für das erstere hat sich unter der Gefolgschaft von Rieß[12]) das Reichsgericht[13]) entschieden, für das letztere tritt Wilmowski-Levy[14]) ein. Mir will nur der zweite Weg gangbar erscheinen.

Eine nähere Begründung findet sich weder in dem Urteile des Reichsgerichts noch bei Rieß. Soviel ist klar, daß eine Willenserklärung an sich nicht von einem beliebigen Dritten an Stelle des Schuldners und — was die Hauptsache ist — mit Wirkung in dessen Person abgegeben werden kann, daß dazu vielmehr eine Vollmacht des Schuldners gehört. Die gerichtliche Anordnung nach § 887 Abs. 1 ZPO. ersetzt diese Vollmacht nicht,[15]) sie schafft kein Stellvertretungsverhältnis, sie ermächtigt nur den Gläubiger, auf Rechnung des Schuldners zu handeln oder handeln zu lassen.[16])

---

[11]) Übereinstimmend Petersen-Anger S. 582 Anm. 3 zu § 887, S. 586 Anm. 3 zu § 888.

[12]) Rieß S. 501 f.

[13]) RG. Bd. 53 S. 80 f.

[14]) Wilmowsky-Levy Anm. 1 zu § 779 alter Fassung; vgl. Levy bei Gruchot Bd. 36 S. 31.

[15]) Übereinstimmend Petersen-Anger S. 582 Anm. 3.

[16]) Übereinstimmend Petersen-Anger S. 584 Anm. 5.

Damit bleibt, so unbefriedigend es auf den ersten Blick scheinen mag, nur das Verfahren nach § 888 Abs. 1 ZPO. Es läßt sich nicht leugnen, daß der hartnäckige Schuldner, der lieber die Strafen über sich ergehen läßt, die Durchsetzung des Anspruchs vereiteln kann. Immerhin sind aber die fraglichen Maßregeln ein starker Druck, und schließlich bleibt dem Gläubiger für den Notfall der § 283 Abs. 1 BGB., wonach er dem Schuldner zur Bewirkung der Leistung — d. h. zur Abgabe der oder jener Willenserklärung nach Wahl des Schuldners — unter Androhung ihrer Ablehnung eine angemessene Frist bestimmen und nach deren fruchtlosem Ablauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann.

Das Verfahren gestaltet sich hiernach folgendermaßen: Der Gläubiger muß beim Prozeßrichter erster Instanz beantragen, daß der Schuldner zur Abgabe einer — vom Gläubiger zu bezeichnenden — Willenserklärung durch Strafen — Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von 1500 Mk. oder Haft — anzuhalten sei: Mit der Erlassung des Beschlusses beginnt die Zwangsvollstreckung. Der Schuldner kann statt der ihm aufgegebenen Willenserklärung eine andere von den geschuldeten Willenserklärungen abgeben und sich so befreien. Gibt er trotz erkannter Strafen hartnäckig keine der Willenserklärungen ab, so ist eine weitere Exekution ausgeschlossen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.